

Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria*

Myriam Herrera Moreno

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Sevilla

HERRERA MORENO, Myriam. Nuevo naturalismo punitivo: aspectos de controversia en torno a los discursos penales de base evolucionaria. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2018, núm. 20-09, pp. 1-47. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc20-09.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 20-09 (2018), 7 agosto]

RESUMEN: Como consecuencia del moderno desarrollo científico y tecnológico, las disciplinas de base darwiniana, comienzan a ocuparse de los fenómenos normativos. Sus conclusiones son susceptibles hoy de ilustrar y sumar la más inédita y enriquecedora información a los tradicionales discursos penales, abriendo camino a una comprensión legal más lúcida. Si, en el debate sobre libre albedrío, imputabilidad y legitimación del Derecho penal, la Neurociencia ha aportado eminentes claves de controversia doctrinal, se deja sentir la falta de un abordaje más intensivo de aspectos tales como el conformismo penal o la acción penalmente legislativa desde un paradigma bio-social de conducta humana. El presente trabajo aborda críticamente dos originales propuestas doctrinales en este sentido, propone una interpretación personal sobre las modernas inercias penalmente reformistas y se suma, finalmente a las contadas incursiones de la doctrina española en este campo. A pesar de la personal discrepancia frente a aspectos substanciales de estas tesis, este trabajo argumenta a favor de la

continuidad del análisis evolucionista legal, a pesar de su marcada capacidad para generar controversia. Si el Psicoanálisis o la Sociología han inspirado consabidamente desarrollos dogmáticos creativos y enriquecedores, cabe augurar que las ciencias darwinianas puedan, asimismo, conducir a una más plena comprensión de los fenómenos penalmente normativos.

PALABRAS CLAVE: Naturaleza humana, selección multinivel, conformismo, signado costoso, principio de hándicap, sentimiento punitivo, intuiciones de justicia, naturalismo penal, evolución bio-social.

ABSTRACT: As a consequence of modern scientific and technological development, the Darwinian-based disciplines begin to deal with normative phenomena. Today its conclusions seem apt to illustrate and add the newest and most enriching information to the traditional criminal-law discourses, opening up a path to a more lucid legal understanding. As far as Neuroscience has been a substantial key to criminal controversy, in matters such as the debate on free will, criminal liability and Criminal Law legitimacy, it remains a perceived need to intensively address aspects such as criminal conformism and criminal legislative action, as pertaining to a bio-social paradigm of human behavior. The present work approaches critically two original proposals, posits a personal interpretation on the modern penal reforming inertias and

finally, adds to the few incursions of the Spanish doctrine in this field. In spite of personal discrepancy in front of substantial points concerning these doctrines, this essay favours the continuity of the evolutionist legal analysis, in spite of its being so markedly prone to controversy. If Psychoanalysis or Sociology have been known to inspire creative and enriched dogmatic developments, it can be anticipated that the Darwinian sciences may also lead to a

fullest understanding of crime and normative related phenomena.

KEYWORDS: Human nature, multilevel selection, legal conformity, costly signaling, handicap principle, punitive sentiment, intuitions of justice, penal naturalism, bio-social evolution.

Fecha de publicación: 7 agosto 2018

*SUMARIO: I. El abordaje bio-social de las normas. II. Conducta irracional como signado costoso. III. Eric Posner: el signado de probidad (honest signalling) como acción normativamente conformista. III.1. Signado costoso del conformista: el caso del cumplidor penal. III.2. Aspectos de discusión. IV. Excurso: signado costoso del *Ius puniendi*. IV.1. Signado punitivo pro-social. IV.2. La corrupción del signo. IV.3. Pavoneos político-criminales. V. Paul H. Robinson: una postulación naturalista del Derecho penal. V.1. El merecimiento de la punición naturalista. V.2. Decíamos ayer, o el ancestral empiricismo de las intuiciones de justicia. V.2.1. El sentido evolucionario de las intuiciones de justicia. V.2.2. Dinámicas, rasgos e inercias de la justicia intuitiva. VI. Utilidad del merecimiento empírico. VI.1. Maxificación del acatamiento. VI.2. Lo inexorable de la dictadura intuitiva. VII. Confusiones básicas sobre utilidades punitivas VIII. ¿Hacia un Derecho penal naturalista?: Despacito.*

I. El abordaje bio-social de las normas

En nuestros días, las ciencias naturales se acercan, -diríamos más, se dejan ver fascinadas- por el estudio de la cultura y las normas, como parte del bagaje natural al que responden buena parte de las conductas humanas.¹ Sin duda, revirtiendo este interés, también las ciencias normativas podrán beneficiarse en mayúscula medida de un *análisis bio-social del Derecho*, al presente en sus inicios.² Hoy, una de las más interesantes líneas de exploración, abierta a los aportes evolucionistas, apela a la inédita oportunidad del abordaje del comportamiento humano, importando –y explotando- para la Ciencia penal lo que las disciplinas darwinianas podrían aportar en una configuración normativa más lúcida, auto-consciente y depurada de arcaísmos.³

* Este trabajo se elaboró en el marco del proyecto de investigación del proyecto "Un sistema de sanciones para el Siglo XXI", Director Prof Dr. Luis de Roca Agapito, Universidad de Oviedo, Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, Plan Nacional I+D+I, DER2015-63669-R, 01/01/2016 al 31/12/2018.

¹ Vid BARRETT, Louise, DUNBAR, Robin y LYCETT, John, *Human Evolutionary Psychology*, Princeton University Press, 2002, págs. 12 y sigs. Smith, Eric A, Borgerhoff Mulder Monique and Hill Kim "Controversies in the evolutionary social sciences: a guide for the perplexed", *Trends in Ecology & Evolution* vol 16 2001, págs 131 y sigs.

² Esta denominación alude al amplio repertorio objetivo que acoge la Sociedad para el *Análisis Evolucionista de la Ley* SEAL, sostenida en nuestros días por la Universidad de Vanderbilt, EEUU. Vid. <https://wp0.vanderbilt.edu/seal/> (ult. 12.10.2017)

³ En tal sentido, apelando a un imprescindible empiricismo en el abordaje penal de la conducta humana vid. MIRÓ LLINARES, Fernando, "La función de la pena ante el "paso empírico del Derecho penal", *Revista General del Derecho penal*, 2017, págs 6 y sigs.

El análisis criminal, desde esta audaz vertiente, cuenta con una indudable – también disputadísima- veteranía en lo tocante a la ilustración evolucionaria de las conductas anti-sociales. Son ya canónicos, en este campo, los estudios de Wilson, el padre de la Socio-biología, quien en su obra de 1975 *Sociobiology: The New Synthesis*, aplicó la teoría de la selección natural al comportamiento social humano. La obra acometía un estudio sistemático de etología social, e incluía, en su celeberrimo capítulo final, una referencia a la conducta de la especie humana. Conforme a su premisa, de base darwinista, no solo los cuerpos sino las acciones se pueden explicar en términos de selección biológica, por cuanto la naturaleza humana se configuró a partir de aquellos rasgos y preferencias conductuales que con mayor éxito respondían a las presiones ambientales sufridas en los tempranos escenarios evolutivos⁴. Estos estudios, acaso como cabía esperar⁵, generaron una fuerte controversia -la llamada “guerra socio-biológica”- que sirvió, entre otras cosas, para asentar contra esta disciplina criminológica recelos y prejuicios, injustamente, hoy, todavía sentidos.⁶ El “malditismo” que, desde entonces, arrastra la Socio-biología⁷ ha propiciado que sus descendientes hayan de arrojarse hoy en heterogéneas denominaciones, siendo quizás la de *Criminología bio-social* la más asentada⁸.

Hoy, para esta orientación criminológica, y para cuantas ciencias se interesen en fenómenos conductuales de interés criminal, una información muy relevante es suministrada desde vertientes de Biología, Antropología, Primatología, Etología, Neuro-ciencia, y las aplicaciones evolucionistas de la Economía y la Psicología. A pesar de esta enorme versatilidad disciplinar, en el sector que se acoge al paradig-

⁴ Planteamiento que asentó en su obra posterior *On Human Nature* (1978)

⁵ Los nuevos enfoques darwinistas han de pechar cansinamente con el *sambenito* científico del funesto darwinismo social y lombrosianismo; en tal sentido *vid.* ANIYAR DE CASTRO, Lolita “El regreso triunfal de Darwin y Lombroso: las diferencias humanas en la Criminología angloparlante presente en los simposios internacionales de Criminología de Estocolmo”, *Capítulo Criminológico, Revista de las disciplinas del control social* vol. 36, núm 4 2008, págs. 5-25. Este impenitente reduccionismo crítico no se para a considerar, sin embargo, hasta qué punto los modernos evolucionistas se distancian en método, rigor e ideología, de lo que consideran una mala y sesgada recepción de las doctrinas de Darwin.

⁶ Con un más que reduccionista fundamento, se atribuye a la disciplina, como a sus modernas subsecciones (Ecología conductual, Genética conductual, Psicología evolucionista, Economía de base evolutiva) una genérica orientación subyacente, presuntamente ligada a políticas racistas, eugenésicas, misógenas o desigualitarias. Así, un criminólogo o jurista de apertura darwiniana deberá soslayar, ya que no podrá ignorar, los prejuicios o *leyenda negra* que la Socio-biología viene arrastrando desde hace décadas, y que, hoy, incluso a sus mismos críticos resulta científicamente desmedida. BAILEY, Kuklin “Evolution, Politics and Law”, *Valparaiso University Law Review*, vol 38, 2004, págs. 1198-1200. BELL, Duncan, “Beware of false prophets; Biology, human nature and the future of international relations theory”, vol 82, núm 3, 2006, págs. 493-510

⁷ ELLIS, Lee, *So you want to be a Biosocial Criminologist?. Advice from the Underground*, en *Missing the revolution. Darwinism for Social Scientist*, Ed. Jerome H Barkow, Oxford-New York, 2006. HENDLER, Edmundo S, *Las raíces arcaicas del Derecho penal*, Buenos Aires 2009, págs. 15-22.

⁸ *Vid.*, entre otras, WALSH, Antony y ELLIS, Lee, *Biosocial Criminology*, Nueva York 2003. BEAVER, Kevin M y Walsh, Anthony *Bio-social Theories of crime*, Farnham-Burlington, 2010. Igualmente, por la histórica mala prensa y las evocaciones ominosas del término, se ha renunciado a la designación de una “Prevención criminal biológica”. *Vid.* ROCQUE, Michael, WELSH, Brandon C, RAINE, Adrian “Biosocial Criminology and Modern Crime Prevention” en *Journal of Criminal Justice*, vol. 40, núm 4, 2012, pág. 308.

ma bio-social, se deja sentir una especial vocación integradora, acorde al anhelo epistemológico de *consiliencia* invocado por Wilson⁹. Este amplio conjunto viene a interpretar aspectos relevantes de la conducta humana, plenamente incluidos los actos normativos y de justicia, como producto y consecuencia de condiciones ambientales frente a las cuales el ser humano iba ofreciendo plurales soluciones a lo largo del amplísimo periodo Pleistoceno, marco temporal del llamado *Ambiente de Adaptación Evolucionaria AAE*, (*Environment of Evolutionary Adaptedness*, EEA)¹⁰.

Es cierto que la información bio-social se acopia y valida por medio de instrumentos y metodologías experimentales que pueden antojarse ajenas al científico de las normas.¹¹ Así, por vía de ejemplo, la evolucionaria “ingeniería reversiva” como regresión hipotética, el análisis bio-económico, resuelto a través de juegos matemáticos experimentales (que configuran la llamada *Teoría de juegos*), el rastreo de procesos neurológicos en la conducta humana a través de las reveladoras técnicas de neuro-imaginería o los aportes comparativos procedentes de la Primatología o la Paleo-biología.

Aproximarse a las conclusiones que brindan tan heterogéneas vertientes puede representar una apertura penal útil, mucho más que peregrina. Pues, en efecto, un Derecho penal de asumida orientación clásico-disuasoria, con ínfulas de lapidación motivacional a través de imperativos y amenazas punitivas, sustentado sobre el concepto del ser humano optimizador de utilidades, es candidato idóneo a una esperanzadora ilustración socio-biológica.¹² En el mismo sentido, el modelo un día aclamado como *Análisis Económico del Derecho* ha quedado en buena medida sobrepasado por su ceguera racionalista, a la hora de representar las tomas de decisión maxificadoras de utilidad, donde el componente socio-moral y normativo

⁹ Famosa propuesta integradora del gran biólogo, que abandera la necesaria convergencia, correspondencia y coherencia de todas las perspectivas científicas en la búsqueda de la verdad *Vid.* WILSON Edward Osborne *Consilience: the unity of knowledge* Nueva York, 1998. La idea de una sociedad humana concebida como *sistema adaptativo complejo* llama a la configuración de un marco común en cuyo ámbito se hagan compatibles y armónicas las perspectivas evolucionarias, genéticas y culturales, interesadas en la conducta humana. Plena cabida, bajo este paradigma, tendrían, así, los planteamientos que contemplan las posibilidades de internalización normativa. Sobre ello, *vid.* GINTIS, Herbert *A framework for the unification of the behavioral sciences* en *Behavioral and brain sciences*, 2007, vol. 30, págs. 2 y sigs.

¹⁰ El diseño de la mente humana se moldeó en el periodo Pleistoceno, entre pequeñas comunidades de cazadores recolectores. El AAE, término acuñado por el psicólogo Bowlby, no hace alusión a un momento u enclave concreto, sino a un conjunto estadístico que refleja la historia selectiva humana. A ese marco abstracto, se refieren las condiciones y presiones ambientales que acarrearán adaptaciones de especie. TOOBY John y COSMIDES Leda, *Conceptual Foundations of Evolutionary Psychology*, en D. M. Buss (Ed.), *Handbook of Evolutionary Psychology*, 2005. Nueva Jersey 2005, págs. 5–67. Asimismo en FOLEY, Robert. *The adaptive legacy of human evolution: A search for the environment of evolutionary adaptedness*. *Evolutionary Anthropology: Issues, News, and Reviews*, vol. 4, núm 6, 1995, págs. 194-203.

¹¹ Si bien es cierto que muchos de sus procedimientos no difieren de los propios de las ciencias sociales *Vid.* DURRANT Russil y WARD Tony, *o.u.c* pág.364

¹² Sobre el actual descrédito de la disuasión, ampliamente *vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando, *La función de la pena...op. cit.* pág.19

apenas computa¹³. En este sentido, los emergentes enfoques evolucionarios asumen que la genética no puede por sí sola explicar las conductas humanas, incorporándose en plenitud la Cultura, y sus proyecciones políticas y normativas, al diseño de hipótesis evolucionarias¹⁴. Muy reseñable es, en particular, el relanzamiento en tales diseños de la llamada *selección de grupo* o multi-nivel, que otorga un rol eminentísimo a las instituciones de cultura en la explicación de la típica pro-socialidad humana¹⁵.

En efecto, conforme a este eje evolutivo, la especie humana habría llegado a su moderna configuración no sólo en virtud de rasgos que eran adaptativos, esto es, conferirían ventajas biológicas o *aptitud* individual a sus portadores (*aptitud* biológica o *fitness*)¹⁶ sino, conjuntamente, a partir de rasgos exitosos *de grupo*, que habrían provocado el desplazamiento evolutivo de aquellos otros grupos que no contaran con dichos rasgos. Ello ubicaría a la normatividad, como al sostenimiento punitivo del grupo, en el centro de las investigaciones bio-sociales. En efecto, se estima que normas y punición (y las utilidades colectivas que este tándem pudo conferir) sin duda jugaron un rol esencialísimo en el moldeado de la naturaleza humana. Estas remotísimas dinámicas pudieron erigirse, así, en fundamentos o bases remotas de instituciones jurídicas contemporáneas¹⁷.

Así pues, estos enfoques no sólo contribuyen, a explicar las bases del comportamiento criminal, como conducta bio-social, sino que se ocupan de actuaciones de conformismo normativo, y establecen los fundamentos últimos del ejercicio de la

¹³ En este modelo, el referente psicológico pasa a ser sobrepasado por una desorbitada formulación matemática de las variables económicas en juego, que en no pocas ocasiones, se muestra ciego ante las implicaciones normativas *Vid.* ORTIZ DE URBINA GIMENO, Íñigo “Análisis económico del Derecho y Política criminal” en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 2004, núm 2, págs. 31-74. *Vid.* Asimismo RODRIGUEZ HORCAJO, David, *Comportamiento humano...op. cit.* pág. 87.

¹⁴ Célebre, en este sentido, es la obra de Richerson y Boyd que aluden a la co-evolución de la especie humana donde la lenta selección biológica interacciona de modo inextricable con flexibles instrumentos de cultura, normas e instituciones, en un activo juego de influencias recíprocas. *Vid.* RICHERSON, Peter J y BOYD, Robert *Not by genes alone*, Chicago, 2005.

¹⁵ No es éste un concepto nuevo, pero en nuestros tiempos viene siendo relanzado por sectores muy pujantes, en su abordaje de la cooperación, reciprocidad y conductas pro-social en los grupos humanos. *Vid.* HENRICH, Joseph “Cultural group selection, coevolutionary processes and large-scale cooperation” *Journal of Economic Behavior & Organization*, 2004, vol. 53, núm 1, 2004, págs. 3-35. Aunque el darwinismo convencional es reticente, un darwinista ortodoxo, como Wilson, ha abrazado finalmente esta vertiente, con gran repercusión en la comunidad científica. *Vid.* RODRIGUEZ HORCAJO, David, *Comportamiento humano y pena estatal. Disuasión, cooperación y equidad*, Madrid 2016 pág. 115.

¹⁶ Aunque no unívoco, el término suele emplearse para aludir al éxito reproductivo ligado a un genotipo o fenotipo, representando la contribución a generaciones sucesivas que realizan determinados individuos en posesión de un rasgo *Vid.* DEMETRIUS, Lloyd, ZIEHE, Martin “Darwinian fitness” *Theoretical population biology*, vol. 72, núm 3, 2007, pág. 323-345. El ser humano se comporta aún siguiendo preferencias que en pasado ancestral conferirían *aptitud* y que hoy, con independencia de que se busque o no reproducirse, siguen, con frecuencia otorgando un *status* de bienestar y satisfacción de necesidades. Bien es cierto que no es ello siempre así, ya que preferencias y conductas que un día fueron adaptativas, (como la preferencia por azúcares o grasas) no otorgan ya ventaja alguna en el refinado medio social contemporáneo.

¹⁷ Sobre ello, ampliamente, *Vid.* WALSH Anthony, “Evolutionary Psychology and the origins of Justice”, en *Justice Quarterly*, vol. 17, nº 4, 2000, págs. 853 y sigs. SMITH, Eric A, BORGERHOFF MULDER Monique and HILL, Kim *o.u.c* págs. 128-135.

acción punitiva como mecanismo de sostenimiento cooperativo¹⁸. Si la Dogmática penal viene dando acuse de recibo a la moderna información neuro-científica, especialmente para el replanteamiento de categorías de imputabilidad y responsabilidad penal¹⁹, son muy pocos los esfuerzos penales registrados que, hasta la fecha, hayan incorporado a la doctrina información de base evolucionaria para abordar como conducta humana el comportamiento conformista, la acción penalmente legislativa, o el sentido de la pena²⁰.

Pese a todo –y este trabajo es evidencia de ello- la ambigüedad derivada de la puesta en comunicación de conceptos bio-sociales y jurídicos de ningún modo permite claras correspondencias entre naturalismo y discurso penal o, menos aún, sanciona reduccionismos. Ni las conductas abusivamente maxificadoras de *aptitud* en el hábitat ancestral se identifican con las modernas victimizaciones, ni cabe reconducir la primigenia injusticia de conductas anti-normativas ancestrales, con la antijuridicidad normativamente predicable de las conductas delictivas.²¹

Sin embargo, cabe rastrear la impronta bio-social en algunos planteamientos penales sin duda originales. Abordaremos dos de ellos, en cierta medida concatenados. Uno se asienta sobre identificables premisas de comunicación biológica, planteando un modelo de equilibrio social que podría explicar el conformismo normativo; otro, acomete una *integración vertical*, esfuerzo metodológico que permite conectar la acción humana a sus fundamentos remotos²², para realizar una personalísima propuesta de Política criminal.

A pesar de haber suscitado una comprensible controversia, y desde luego, al

¹⁸ RODRIGUEZ HIORCAJO, David, *Comportamiento humano...op. cit.* págs. 242 y sigs.

¹⁹ La mayor parte de la atención penal se ha centrado en los aspectos de imputabilidad, culpabilidad y libertad humana, generándose a la luz de las nuevas informaciones, un debate apasionante, donde, como en una caja de muñecas rusas, cada hallazgo bio-social abre nuevas incógnitas y discusiones dogmáticas. Vid. una amplia aportación colectiva en *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, DEMETRIO CRESPO (Director) y MAROTO CALATAYUD (Coord), Madrid 2013. Muchos autores han puesto, sin embargo, en evidencia, que la Neurociencia, con un distinto lenguaje y metodología, viene a reabrir, antes que a abrir, un debate esencialmente categorial sobre determinismo y Derecho penal. SÁNCHEZ, Bernardo Feijoo. “Derecho Penal y Neurociencias. ¿Una relación tormentosa?”, *InDret*, 2011, no 2. págs. 1-57 y HASSEMER, Winfried “Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal” *InDret*, 2011, no 2. págs. 1-14

²⁰ En este sentido vid una pionera contribución, en PÉREZ MANZANO, Mercedes, “Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la Neurociencia” en *Libertad y cerebro, Revista de Occidente*, núm 356, 2011, págs. 41-64. En este artículo, se abordarán los trabajos de Rodríguez Horcajo y Miró Llinares, que acogen en España las nuevas líneas bio-sociales y de experimentación penal evolucionaria.

²¹ Sin embargo, se ha postulado que pueda existir una cierta proporción entre el grado de tutela penal precisa modernamente y el nivel en que un comportamiento anti-social pudo, en efecto, haber reportado ancestrales beneficios *aptitudinales* JONES, Owen D, “Time-shifted rationality and the Law of Law’s Leverage: Behavioral Economics meets Behavioral Biology” en *Northwestern University Law Review* Vol. 95, No. 4, 2001 págs. 1187 y sigs. Tal propuesta es, sin embargo, demasiado difusa para obrar como inequívoca orientación político-criminal.

²² COSMIDES, Leda TOOBY, John y BARKOW, Jerome, *Introduction: Evolutionary Psychology and Conceptual Integration* en *The Adapted Mind: Evolutionary Psychology and the Generation of Culture*, Oxford University Press, Nueva York, 1992, págs. 3 y sigs.

margen de la cabal crítica a la que sus postulados se hacen acreedores, ambas tesis han sabido agitar, con nuevos y originales argumentos e informaciones, el moderno discurso sobre el sentido, justificación y consecuencias de la intervención penal.

II. Conducta irracional como *signado costoso*

Quisiera partir, si se me excusara lo pintoresco del arranque, invocando un reciente taller criminológico, consagrado a “género y cultura”, donde dirimían unos alumnos el posible significado social de documentos muy versátiles. Uno de ellos era, más ni menos la impenitente *canción del verano*, “Despacito”, cuyas claves los estudiantes eran invitados a desglosar. Más allá de las esperables respuestas festivas, cierta proposición se hizo con el general consenso de los presentes: “la canción”, se dijo, “retrata a alguien con un especial empeño persuasivo, describe una campaña de promoción donde el candidato está dispuesto a garantizar lo que vale, derrochando tiempo, esfuerzo e imaginación”. Ni más ni menos, se venía a aludir al sentido expresivo del cortejo, naturalismo comunicativo inscrito en el repertorio persuasivo de muchas otras especies.

Sin que sobre estas interesantes prácticas se oriente ni mucho menos este trabajo, la anécdota permite dirigir nuestro foco de atención a un significativo concepto, extraído de los estudios sobre comunicación animal: el de *signado costoso* (a cuyo espectro conductual pertenecen, ciertamente, los cortejos). Por *signado costoso*, se comprende en efecto, a un rasgo físico o conductual que se observa marcadamente anti-económico, y supone un derroche inútil, o al menos no explicable en los exigentes términos de un directo intercambio racional, pero que, sin embargo, reportará, al cabo, notables réditos comunicativos para el *signador*, de sentido útil y materializable²³.

En el mundo natural, el fenómeno suele ejemplificarse aludiendo a la cola del pavo real, como rasgo incongruente, farragoso, injustificable en términos utilitarios. En efecto, desde un punto de vista económico, no aporta ventaja alguna el arrastrar un aditamento tan pesado, que hay que mantener afanosamente impoluto, el cual ralentiza la fuga de quien lo porta, y lo hace vulnerable a depredadores y parásitos. Por descontado, este tipo ornamental de “arte por el arte” no es fácil de explicar en clave biológica, ya que la naturaleza es rabiosamente consecuencialista, en sus selecciones. Del mismo modo incongruente, cierto pez globo japonés labra característicamente un intrincado y elaboradísimo diseño sobre arenas submarinas -solo en el centro del cual, la contra-parte aceptará anidar²⁴, o un lagarto realizará un “retó-

²³ LAIDRE, Mark E. JOHNSTONE, Rufus A. “Animal signals”, *Current Biology*, vol. 23, núm 18, 2013 págs. R829-R833.

²⁴ https://www.huffingtonpost.com/2013/10/03/puffer-fish-mating-circles-ocean-floor_n_4036377.html (ult. 12.10.2017)

rico” salto en el aire, justo a la vista de su depredador, cuando debería ahorrar esfuerzos para darse a la fuga sin malgastar sus energías²⁵.

Los expertos identifican hoy, sobre esta constelación de supuestos, la productividad indirecta que reportan tales rasgos o derroches conductuales: se trata de garantizar la comunicación de concretas propiedades a una instancia de la cual se quiere obtener una concreta actitud o reacción. El pavo real y el pez- globo quieren, así, *signar* su valía como excelentes candidatos reproductivos, mientras que el lagarto acrobático se exhibiría tan ágil y energético, que, a la postre, estaría comunicando al depredador su perfecta forma, y con ello, la inutilidad de emprender una persecución ostensiblemente infructuosa. La credibilidad o persuasión del comunicador se obtienen, precisamente, por el alto coste del esfuerzo invertido: en efecto, debe tratarse de un derroche aparentemente gratuito o irracional, en cualquiera de sus manifestaciones por cuanto la sinceridad expresiva se apuntala, precisamente, en virtud de un esfuerzo *costoso*, (gratuito desde un marco de racionalidad directo) sin el cual la comunicación sería *charla barata*, (*cheap talk*), simulación informativa accesible a cualquier comunicador defraudadorio.

En estos términos se aprecia un *signado fiable*, *-honest signalling-* frente a signado engañoso o *deceptive signalling*²⁶. Fue el biólogo Zahavi quien explicó la relevancia comunicativa de la extrema laboriosidad del *signo*, formulando el *Principio del hándicap*²⁷ que alude a la garantía de la comunicación por la desventaja que asume el *signador* de condiciones.²⁸ El comunicador convence porque el coste de su rasgo o alarde es prueba de su fiabilidad.

Así pues, podría sostenerse que la *signación costosa* es una fuerte inversión auto-promocional, donde los costes se recuperan persuadiendo al destinatario y obteniendo de éste una reacción conductual coherente.²⁹ También los seres humanos, en esta sintonía, nos implicamos en actos expresivos “irracionales”, que sin embargo, podrían explicarse por sus indirectos réditos³⁰. La realización de actos sociales, esto

²⁵ LEAL, Manuel “Honest signalling during prey–predator interactions in the lizard *Anolis cristatellus*” en *Animal Behaviour*, vol. 58, núm 3, 1999, págs. 521-526.

²⁶ DAWKINS, Marian Stamp y GUILFORD, Tim. “The corruption of honest signaling” en *Animal Behaviour*, 1991, vol. 41, núm 5, págs. 865-873.

²⁷ ZAHAVI, Amotz “Mate selection—a selection for a handicap” en *Journal of theoretical Biology*, 1975, vol. 53, núm 1, págs. 205-214.

²⁸ CRONL LEE, “The application of animal signalling theory to human phenomena: some thoughts and clarifications”, *Social science information*, 44, págs. 605 y sigs. Vid. SEARCY, William A. NOWICKI, Stephen *The evolution of animal communication: reliability and deception in signaling systems*. Nueva Jersey 2005, págs.24 y sigs, 78 y sigs y 134 y sigs.

²⁹ LOTEM, Arnon, FISHMAN, Michael A, STONE, Lewi. “From reciprocity to unconditional altruism through signalling benefits” *Proceedings of the Royal Society of London B: Biological Sciences*, vol. 270, núm 1511, 2003 págs. 203. El *signado costoso* se estima *sincero* (*honest-signalling*) no en sentido moral, sino portador sino por cuanto sea comunicativamente fiable.

³⁰ La Economía evolucionaria comprueba la realidad de estas dinámicas en las interacciones humanas. Vid. VAN VUGT, Marc, HARDY, Charlotte L. “Cooperation for reputation: Wasteful contributions as costly signals in public goods” en *Group Processes & Intergroup Relations*, 2010, vol. 13, núm. 1, págs. . 101-111.

es, aparentemente irracionales, o desinteresados, tendría, desde este diseño, una concreta justificación económica en consideración a los beneficios indirectos, relacionados con el reconocimiento social y la reputación³¹.

Las belicosas danzas *hakka* maoríes suponen un considerable desgaste de energía en vísperas del enfrentamiento, pero pueden inducir al enemigo a pactar o claudicar. También es absurdo pagar una desmedida cantidad por unos “legendarios” vaqueros o unos zapatos de “mítica” suela roja, si bien lucirlos aporta el sello de *status* y distinción que exactamente se pretende obtener. Desde el ámbito criminológico se evidencian como *signado* las rudas pruebas rituales propias de las subculturas del honor, o el sometimiento a dolorosos tatuajes por líderes prisionales, las cuales comunican a sus destinatarios confiabilidad, capacidad de resistencia, callosidad y valor³². En el mismo sentido, las acciones terriblemente visuales y exuberantes coreografías del horror en que vemos implicado al moderno terrorismo *yihadista* permiten ser entendidas desde parámetros *signatorios*³³. En todo ello se observa una comunicación de propiedades personales cuya fiabilidad viene garantizada por lo abnegado (anti-económico) de un esfuerzo.

Una primera y atractiva proyección jurídica de este modelo concierne al regular conformismo normativo, paradigmático entre los grupos humanos, desde un marco de indirecta rentabilidad comunicativa. Una tesis pionera realizó, si bien con desigual resultado, esta interesante traslación, que conduce, de la estricta comunicación naturalista a la relevancia comunicativa de la norma.

III. Eric Posner: el *signado de probidad (honest signalling)* como acción normativamente conformista

En efecto, fue Eric Posner quien, partiendo de estas bases, trasladó las premisas del *signado costoso* al campo jurídico, si bien su pionera interpretación deja muchas aristas sin lijar. En coherencia con el suelo bio-económico sobre el que asienta su planteamiento, el autor concibe al ser humano como sujeto interesado, racional, que, de manera ciertamente *costosa* y abnegada cumple la norma de auto-limitación, y, a cambio de su acatamiento, recauda beneficios sociales inmateriales, ligados a la buena estima, fiabilidad o reputación cooperativa. Con este aval con-

³¹ CRONL LEE, “The application of animal signalling theory to human phenomena: some thoughts and clarifications”, *Social science information*, 44, págs.605 y sigs. Vid. SEARCY, William A. NOWICKI, Stephen *The evolution of animal communication: reliability and deception in signaling systems*, Nueva Jersey 2005, págs.24 y sigs, 78 y sigs y 134 y sigs.

³² En ambientes de marcada precariedad, la reputación alcanza un valor precioso Vid. NORDIN, Andreas “Evolved Cognition and Cultural Transmission of Honour Concepts” *Journal of Cognition and Culture*, 2013, vol. 13, núm 1-2, págs. 111-127. Asimismo en DENSLEY, James A. “Street gang recruitment: Signaling, screening, and selection” *Social Problems*, 2012, vol. 59, núm 3, págs 304 y sigs.

³³ Aplicando este modelo, vid. MCCORMICK, Gordon H. “Terrorism, signaling, and suicide attack” en *Studies in Conflict & Terrorism*, 2004, vol. 27, núm 4, pág. 243-281.

formista, el sujeto podría multiplicar sus interacciones y ampliar sus ventajas en el grupo social. Uno de estos comportamientos *costosos* es el penalmente normativo.

III.1. **Signado costoso del conformista: el caso del cumplidor penal**

Adoptar una conducta a favor o en contra de la norma no dependería, así, de la productividad inmediata que aporte el acatamiento. Lo decisivo, en este esquema, sería el incentivo indirecto. El acatamiento de la norma operaría, en este diseño, como *signado costoso* de la propia fiabilidad cívica. Quien cumple la norma comunica a sociedad su buena disposición cooperativa, su compromiso comunitario a partir de la renuncia a maximizar su utilidad, con su infracción. Si la disposición cooperativa es un incentivo indirecto, desincentivo, sería, por el contrario, la generación de desconfianza social, o pérdida de reputación cooperativa que la imposición de pena pueda reportar³⁴. Así, la teoría del *signado costoso* parece dar una explicación al enigma de la general y extendida conformidad de los sujetos sociales frente a normas que, a título personal, merman sus libertades o contravienen sus intereses.³⁵

En este sentido, para Posner, un sistema de normas sociales articula, genuinamente, un nutrido elenco de gravosas oportunidades signatorias a disposición de los ciudadanos que deseen postularse como candidatos confiables a intercambios cooperativos. Así, a tenor de esta tesis³⁶, toda *signación* constituye un mecanismo expresivo destinado a testimoniar buenas -y no desviadas- aptitudes del comunicador, ya se trate de preferencias, lealtad contractual o disposición al respeto de libertades ajenas. Ante el riesgo de hipocresía comunicativa, la norma pone costes auto-restrictivos a los tartufos e impide su *charla barata* (*cheap talk*), y la fácil reproducción de fiabilidad social. En este sentido, las ventajosas condiciones de “autopromoción” que ofrece una norma a quien quiere comunicar su fiabilidad, provienen de lo inequívoco de la ocasión *signatoria*, normativamente marcada, y de su significado unívocamente compartido, a diferencia de lo que ocurre con la emisión de otros *signos*, inoportunos o interpretables de forma disímil y no consensuada.³⁷

³⁴ POSNER, Eric A, *o.u.c.* págs 26 y sigs. OHTSUKI, Hisashi; IWASA, Yoh “The leading eight: social norms that can maintain cooperation by indirect reciprocity” *Journal of Theoretical Biology*, 2006, vol. 239, núm 4, pág 439.

³⁵ Sobre este debate, DRUZIN Bryan “Law, Selfishness, and Signals: An Expansion of Posner's signaling Theory of Social Norms”, en *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* núm 24 2011, 39/45 págs. 5 – 53.

³⁶ Eminentemente planteado en su obra “La ley y las Normas Sociales, *vid.* POSNER, Eric, *Law and Social Norms*, Cambridge 2000.

³⁷ En este sentido, ejemplifica el autor, con el regalo a un compañero, el donante podría pretender expresar gratitud por una ayuda laboral eventualmente brindada, pero, si se ofrenda el “Día de San Valentín”, podría malinterpretado como *signación* amorosa, con resultados contraproducentes *Vid.* POSNER, Eric, *o.u.c* pág. 27.

A los efectos de esta dinámica, el vigor y la autoridad de la norma social resultan determinantes. En efecto, el cumplimiento de una norma socialmente desautorizada, sin vigencia empírica, no determina efectos de fiabilidad social al cumplidor, en desmedro del acatamiento normativo. En esta clave, el autor explica el apreciable porcentaje de cumplimiento de las normas tributarias y bajas tasas de delictividad fiscal en los EEUU³⁸. En contraste, Posner ha destacado la característica debilidad normativa en materia de Derecho Internacional³⁹. Ante la comunidad internacional, afirmará, los tratados internacionales se configuran con frecuencia como normas débiles, “brindis al sol” sin verdadera vigencia, que no recaban genuinos esfuerzos de cumplimiento y, por ello, son pasto de *signaciones* engañosas. Siendo los sujetos estatales llamados al cumplimiento, Posner advierte cómo los tratados, son, en ocasiones, socialmente reputados como pliegos retóricos, que sólo se respetarían en casos muy limitados: por ejemplo, cuando haya riesgo de represalia internacional directa⁴⁰ o cuando haya en juego beneficios indirectos que los Estados puedan obtener de sus respectivas audiencias nacionales; tal sería el caso cuando el cumplimiento del pacto internacional permita que un Gobierno pueda exhibirse ante sus electores como respetuoso de los Derechos humanos, solidario con las crisis y catástrofes ajenas y preocupado por bienes jurídicos de la Comunidad universal.⁴¹

En puridad, Posner no se ciñe, ni mucho menos, al sector penal sino al conformismo normativo en general, aunque no olvida extender, muy particularmente, al ámbito punitivo sus consideraciones.⁴² En términos político-criminales, el autor postula que su planteamiento aporta un positivo frenado argumental frente al discurso puntivista. Así, para el autor, las políticas descriminalizadoras y las penas no draconianas permiten mejores niveles de *signación*, y mayor nivel de acatamiento normativo. Se basa, para ello, en una apreciación bio-económica: la contribución voluntaria a un bien público declina cuando entran en juego incentivos o desincentivos, es decir, cuando se seduce al conformista o se castiga al infractor. Cuando el beneficio inmaterial desaparece, el *jarabe de palo* disuasorio puede ser recurso insuficiente para mantener la cooperación, que, para ser sostenida, requiere de los sujetos normativos la comunicación de su fiabilidad. Así, según explica, bajo una fuerte presión punitiva, la auto-restricción entraría a ser valorada por la sociedad como miedo interesado a la pena, restando beneficios reputacionales al acatamiento. Por el contrario, allí donde un sujeto pueda decidir su espontáneo cumplimiento,

³⁸ POSNER, Eric A, “Law and Social Norms, The case of Tax Compliance”, en *Virginia Law Review*, N° 86, 2000, págs. 1785 y sigs

³⁹ GOLDSMITH, Jack Landman y POSNER, Eric A. “Moral and Legal Rhetoric in International Relations: A Rational Choice Perspective” en *University of Chicago Law & Economics, Olin Working Paper*, 2000, núm 108. pág. 10 y sigs.

⁴⁰ Ampliamente en GOLDSMITH, Jack L y POSNER, Eric A. *The limits of international law*. Oxford, 2005.

⁴¹ HILLEBRECHT, Courtney. “The Cost of Compliance: Signaling, Credible Commitments and Compliance with International Human Rights Tribunals” en *APSA 2009 Toronto Meeting Paper*, 2009.

⁴² *Vid.* POSNER, Eric, *Status, stigma and the Criminal law*, ibidem pág. 88 y sigs.

sin el aguzado apremio penal, éste tendrá mayor interés en cumplir la norma, por cuanto los terceros puedan observar su auto-restricción y retribuirla con estima y confianza, incrementando de modo substancial el repertorio de intercambios del *signador*.⁴³

Así, frente al delito fiscal, una multa benigna, por debajo de la ganancia ilícita posibilitaría un incentivo indirecto –en estima y confianza social- mucho más elevado que si la pena fuera superior a la ganancia. Cuanto más severa la consecuencia penal, menor *signación* de autocontrol y de excelente disposición cívica brindaría su acatamiento, pues la sociedad asumirá que el obligado cumple la ley por interés egoísta, es decir, por ahorrarse un coste punitivo. La norma penal óptima y racional (racionalidad comprensiva de ventajas indirectas) sería la que ofreciera mejor potencial *signatorio* en condiciones de menor presión punitiva.⁴⁴

III.2. Aspectos de discusión

El planteamiento general de Posner, pese a su originalidad, no deja de suscitar controversia, muy especialmente por cuenta de sus implicaciones penales.⁴⁵ Expondremos, así, las cuestiones más significativas.

1. *Justificación de políticas criminales cuestionables*. Aunque el autor dice defender un régimen punitivo moderado, o incluso benévolo, se ha observado que la lógica de su tesis puede justificar políticas criminales rigurosas. Por vía de ejemplo, la tesis del *signado de probidad* empasta bien con las políticas criminales de *tolerancia cero*, pudiendo validar un modelo político-criminal de exacerbación penal sobre la noción de *ventanas rotas*.⁴⁶ Así, apelando a la tesis de Posner, podría defenderse la sobre-penalización de infracciones leves. Se argumentaría que, junto a ahuyentar a los pequeños delincuentes, lo acentuado de la pena crearía una oportunidad de desafío anti-normativo para que los más duros y encallecidos se validaran ante sus iguales sobre un plano infractor menos victimizante. Pues en efecto, al

⁴³ Observación que comparte el padre de este autor, asimismo economista legal POSNER, Richard A “Behavioral law and economics: A critique” en *Economic Education Bulletin*, 2002, págs. 26 y sigs,

⁴⁴ POSNER, Eric A, *o.u.c* págs. 1781 y sigs.

⁴⁵ DRUZIN Bryan *o.u.c* 82/92 págs 5 – 53. POSNER, Eric A “Signaling Model of Social Norms: Further Thoughts”, *The University of Richmond Law Review* vol. 36, 2002 pág. 471

⁴⁶ De acuerdo con la tesis de las *ventanas rotas*, si se controla rigurosamente el desorden menor, se elimina un reclamo ambiental que convoca a desórdenes de mayor gravedad. *Vid.* WILSON, James Q.y KELLING, George L. *Broken windows*, en *Atlantic Monthly*, vol. 249, núm 3, 1982, págs. 29-38. En tal sentido, con base en este diseño teórico, se ha defendido, precisamente, la conveniencia de una persecución penal marcadamente contundente de infracciones de escasa gravedad en delitos juveniles –así, los relacionados con la búsqueda sub-cultural de *status* (jóvenes, bandas, grupos criminales) DUR, Robert, VAN DER WEELE, Joël “Status-Seeking in Criminal Subcultures and the Double Dividend of Zero-Tolerance” *Journal of Public Economic Theory*, vol. 15, núm 1, 2013 págs.77-93.

exponerse a una pena extrema el *signador* criminal podría comunicar su liderazgo y arrojo, ahora a un menor coste victimológico y desvalor de resultado penal⁴⁷.

Estos cálculos punitivistas, sobre la idea de *signado* reputacional, podrían llegar a diluir la certeza de que el traslado a actividad menos victimizante, en conflictos relacionados con el *status* sub-cultural, es bastante peor expediente que el de ampliar y hacer accesibles a esos grupos las oportunidades convencionales y cívicas de *signación* de valía.

2. *Inespecificidad*. Otra reticencia frente a la doctrina de Posner cuestiona la idea simplificadora de un Sistema normativo entendido como plataforma genérica de *signaciones*, con idéntico significado y aptitud expresiva.⁴⁸ ¿Por qué tan diferentes marcos jurídicos –así, los que se refieren a relaciones de intercambio entre privados, o relaciones entre el Estado y los administrados- habrían de ser reconducidas a idéntico potencial, posibilitador del mismo tipo de *signaciones* cívicas?. ¿Opera igual el *signado*, o es idéntica la dinámica comunicativa cuando un sujeto dona sangre, satisface una deuda mercantil o recoge los residuos de su mascota que cuando se abstiene de matar, robar o prevaricar?. Desde luego, una proyección general de la teoría resulta claramente insuficiente para explicar el extendido conformismo penal. Si se quiere postular la tesis del *signado* costoso como penalmente coherente, la teoría debería comprobar su validez a un nivel más específico.⁴⁹

3. *La inadecuación de las premisas del signado costoso a las lógicas penales*. Probablemente, como bien se ha observado, el cumplimiento penal es el que menos se compenetra con las premisas teóricas del *signado costoso*.⁵⁰ Explicaremos, pues, las claves de dicho desajuste.

A. *Regularidad del conformismo penal*. En efecto, cumplir las expectativas normativas constituye un hecho llano, masivo, cotidiano y, comunicativamente, nada

⁴⁷ Según esta tesis, el controvertido cambio de *faltas a delitos leves*, incluso sólo al nivel de *nomen*, operado en la reforma penal española (LO 1/2015) tendría sentido, a efectos de contención de estas formas de violencia expresiva, en pandillas como, incluso, entre las bases de las organizaciones criminales: a igualdad de victimización material, sería más desafiante y altivo “delinquir” que ser autor de una falta. Los delitos leves ocuparían el rol signatorio que previamente habrían desempeñado delitos de más graves consecuencias. Sin embargo, se duda de este posible beneficio. Todo lo contrario, se advierte que cuando es elevada la competencia por el *status*, se producen escaladas comunicativas, que exigen a los candidatos un despliegue más acabado de cualidades, (lo que en este caso, implicaría escalada en gravedad de victimización. Ampliamente, sobre ello, *vid.* SMITH, Eric y BLIEGE BIRD, Rebeca, *o.u. c.* pág. 123.

⁴⁸ WENEGRAT, Brant, et al. *Social norm compliance as a signaling system*. I y II. *Studies of fitness-related attributions consequent on everyday norm violations Ethology and Sociobiology*, 1996, vol. 17, no 6, págs. 403-416 y 417-19

⁴⁹ Criticado extensamente en MEARES, Tracy, “Signaling, Legitimacy and Compliance: A Comment on Posner’s *Law and Social Norms*, and Criminal Law Policy” en *University of Richmond Law Review*, núm 36, 2002, págs 414 y sigs.

⁵⁰ Es muy probable que, como se ha observado, el modelo no funcione bien en el Derecho penal. MAHONEY, Paul G, *University of Richmond Law Review, Norms and signals: some skeptical observations*, núm 36, 2002, pág. 397.

memorable.⁵¹ En sociedades que alcanzan un mínimo equilibrio ecológico, el delito se hace infrecuente, de manera que el grupo social no asienta su confianza sobre abnegados sacrificios, sino asume expectativas de regular cumplimiento.⁵² Los requisitos propios de la conducta como *signado costoso*, antes indicados (conducta manifiesta, distintiva, indicativa de propiedades positivas, y productiva de beneficios indirectos)⁵³ no concurren, de modo ortodoxo al menos, en el conformismo penalmente normativo, que de ningún modo es concebido como alarde auto-restrictivo admirable y sobresaliente, susceptible de prestigiar al conformista.

Aunque, en los términos de Durkheim, exista desviación normal en toda sociedad, la conducta criminal es, característicamente, una actividad indefectiblemente minoritaria. En efecto, y como bien se advierte desde la óptica criminológica, el dato de la normalidad criminal se ha malinterpretado como ubicuidad y frecuencia estadística, cuando, en puridad, sólo tiene una acepción cualitativa.⁵⁴ De ahí que cumplir las básicas expectativas penales, por lo general, no auspicia especiales ventajas indirectas, o actitudes sociales favorables que puedan remunerar al cumplidor.⁵⁵

Solo una abnegación particular o altruismo memorable puede ser ocasión para distinguir al sujeto, con ampliación de sus intercambios sociales y mejora de *status*. Y es que, según se deduce de algunas dinámicas de “juego punitivo”, las normas punitivas no ofrecen alicientes para hacer admirable a un eventual *signador*. Así, el jugador cooperativo otorga, bajo coacción y supervisión punitiva, la virtud estandarizada –normal y normativa- de la mayoría, absteniéndose abusos, pero sin incrementar su generosidad por encima de la media⁵⁶. Como recuerdan, los evolucionistas Tooby y Cosmides, el sentimiento punitivo, remoto motor cognitivo de las reacciones retributivas, se activa *ante las desviaciones del sujeto respecto del promedio del grupo*; y se pone en alerta ante el comportamiento no normal -anti-

⁵¹ KAHAN, Dan, “Signaling or reciprocating?. A response to Eric Posner’s *Law and Social Norms* “, *University of Richmond Law Review*, núm 36, 2002, págs 378 y sigs.

⁵² Vid. SMITH, John Maynard y HARPER, David SMITH, John M. *Animal signals* Nueva York, 2003, págs. 8 y sigs.

⁵³ MCANDREW, Francis T. *o.u.c* pág. 80

⁵⁴ Esto fue lo que propició una premisa tergiversada a la Criminología crítica. Vid. AEBI, Marcelo, *Temas de Criminología*, Madrid 2008, págs. 306 y sigs.

⁵⁵ Es comprometido jugar con beneficios reputacionales derivados del cumplimiento penal: *no robe a sus amigos, y éstos le querrán más. Conduzca sobrio, y los usuarios del tráfico le sonreirán, enternecidos*. La pasada década, cierta campaña estadounidense contra la violencia sexual resultó fuertemente cuestionada, por publicitar el respeto al consentimiento apelando a incentivos reputacionales. Se comunicaba, así, que los varones que respetaban la libertad sexual obtenían, a trueque, especial éxito amoroso. Vid MASTERS, N. Tatiana. ‘My Strength is Not for Hurting’: Men’s Anti-Rape Websites and their Construction of Masculinity and Male Sexuality” en *Sexualities*, vol. 13, núm 1, 2010, págs. 33-46

⁵⁶ NETTLE Daniel, HARPER Zoe, KIDSON Adam, STONE Rosie, PENTON-VOAK Ian S, BATESON, Melissa “The watching eyes effect in the Dictator Game: It’s not how much you give, it’s being seen to give something”, *Evolution and Human Behavior*, vol. 34, núm 1, 2013 págs 35-40.

normativo- de un sujeto, pero no ante la conducta de quien pudiendo sacrificarse o aportar más del promedio o estándar general, no lo hizo.⁵⁷

Nunca rendirá la sociedad particular homenaje -o *signará* positivamente- al conformista penal que sencillamente no roba, no viola, no se corrompe o se abstiene de traficar con drogas. Yendo a cuentas, hacer lo debido cuando ello sea esperable, difícilmente puede concebirse como fuente de abastecimiento de ventajas sociales *en orden normativo ninguno*, pues el Derecho descansa convencionalmente sobre las bases de una extendida vigencia normativa. Pero, en todo caso, son concebibles en otros órdenes mayores oportunidades normativas *signación*, en especial aquellas desplegadas a la sombra de la autonomía de la voluntad: así una donación a una ONG o a una causa social, la quita o rebaja de una deuda, o un generoso cumplimiento contractual. El Derecho penal es el sistema normativo que *menos* beneficios indirectos puede brindar a los ciudadanos. Del mismo modo que su intervención es necesaria y mínima, ciertamente, ofrece una base de fiabilidad ínfima para cimentar la buena reputación. La norma penal no es expresiva porque anuncie a los ciudadanos “oportunidades” de *signar* auto-restricción, sino porque comunica expectativas jurídicas de auto-restricción elemental.

B. *Aplicación de un modelo biológico de comunicación sin ajustes al sistema humano*. En efecto, en especies no humanas, incluso en colonias de animales sociales, el equilibrio del *signado costoso* bien puede mantenerse en coexistencia con la posibilidad de “punición” del *signador*⁵⁸. Pero, entre las personas, esta coexistencia queda comprometida. En efecto, los seres humanos realizan inferencias motivacionales y simbólicas y restarán “mérito civil” (y beneficios *signatorios*) al cumplidor de las normas penales, cuyo carácter desinteresado quedará siempre en entredicho en virtud de la sanción con la que se refuerza la conducta.⁵⁹

⁵⁷ Vid. PRICE, Michael E, COSMIDES, Leda y TOOBY, John, “Punitive sentiment as an anti-free-rider psychological device”, en *Evolution and Human Behavior*, pág. 203-231.

⁵⁸ Por ejemplo, esta dinámica se ha estudiado en especies sociales, como las hormigas. Las confiables candidatas a reina, que han de ser seleccionadas por obreras, emiten signos bioquímicos que demuestran su disposición reproductora. Estas señales químicas sirven a las obreras para identificar, por defecto, a las candidatas con mala disposición social, que no las emiten, para las cuales se reserva el exterminio. En este modelo, el *signo costoso* es un vigoroso criterio electivo que no decae con el trasfondo punitivo. Vid. HOLMAN, Luke DREIER, Stephanie, D'ETTORRE, Patrizia, *Selfish strategies and honest signalling: reproductive conflicts in ant queen associations proceedings of the Royal Society of London : Biological sciences*, 2010, vol. 277, núm 1690, pág. 2007-2015. Pero, ciertamente, las hormigas no son capaces de atribución motivacional o pensamiento simbólico. En un sistema humano, las obreras podrían imputar motivos interesados a las emisoras del *signo* punitivamente amenazadas y restringirían su confianza en ellas, ajustando su credibilidad a la estricta medida en la que se puede confiar en quién obra coaccionado. La base de esa -mínima- confianza social ya no sería el valor del *signo* conformista sino que se desplazaría hacia la capacidad coactiva de la punición.

⁵⁹ En puridad, los signos reforzados mediante punición imponen un coste directo, y son distintos de aquellos signos que operan según el verdadero sentido propio del “*principio del hándicap*”, donde *la asunción esforzada de una desventaja opera como mecanismo promocional* Vid. SEARCY, William A. NOWICKI, Stephen *o.u.c* págs 217 y sigs. Cfr. FRASER, Ben “Costly signalling theories: beyond the handicap principle” en *Biology & Philosophy*, 2012, vol. 27, num 2, págs. 263-278.

Así, la espontaneidad y gratuidad del signo del conformista se compromete por la necesidad racional de esquivar la pena, así como los fuertes costes sociales del desprestigio y la estigmatización del penado.

Las lógicas penales, casi por la inercia de su propia naturaleza gravosa y coercitiva, fagocitan el modelo del *signado costoso* conformista, incluso ante dinámicas, que, a priori, podrían entenderse asequibles a esta perspectiva. Así, un *programa de cumplimiento* corporativo podría haberse concebido como un sincero ejercicio de ética corporativa o una manifestación laboriosa de buenas prácticas empresariales⁶⁰, brindada en forma abnegada por una persona jurídica fiel al Derecho⁶¹. Pero las exigencias de *compliance*, satisfechas según los engorrosos modelos de organización y gestión del art. 31 bis) aps. 2 y 5 CP, obtendrán para el ente corporativo un blindaje frente a la imputación penal, recompensa directa que nada tiene que ver con vitolas de prestigio, lealtad normativa o ejemplaridad empresarial. A la inversa, ante la persona jurídica eventualmente no sujeta a un satisfactorio *programa de cumplimiento*, se cierne, como genuino desincentivo, no solo una menor reputación, sino el coste directo de pechar con responsabilidades penales corporativas.

C. *¿Describe Posner una teoría penal del conformismo?* Cabe dudarlo. Hay que contar con lo reducido del incentivo para el *signador conformista*, y lo elemental de la confianza social que éste obtiene. Sin duda, este sujeto no conseguirá una productiva extensión de sus posibilidades cooperativas, si no ofrece otro *aval costoso* de su fiabilidad. Más allá de cumplir la norma penal, deberá evidenciar su formación, su aptitud laboral, sus dotes, prestigio, o pericia. La mínima fiabilidad que un sujeto con historial conformista obtenga de la sociedad, ese incentivo indirecto perderá, muchas veces, peso específico ante la oportunidad de una substancial ganancia ilegal, mayor o más expeditiva.

IV. Excurso: *signado costoso* del *Ius puniendi*

Si el conformismo penal no queda bien explicado desde esta tesis, el mismo paradigma del *signado costoso* en cambio sí podría enmarcar las derivas penalmente legislativas. En otras palabras, ¿podríamos entender la conducta legislativa ejercida desde el *Ius puniendi* como *signado costoso*?

⁶⁰ Puesto que, *estos programas ni definen la culpabilidad de la empresa ni constituyen el fundamento de su imputación*, Cit. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, págs.38

⁶¹ *Sin duda, muchas empresas se han dotado y se dotarán de completos y costosos programas con la única finalidad de eludir el reproche penal pero, más allá de su adecuación formal a los requisitos que establece el Código Penal, tales programas no pueden enfocarse a conseguir este propósito sino a reafirmar una cultura corporativa de respeto a la Ley, donde la comisión de un delito constituya un acontecimiento accidental y la exención de pena, un a consecuencia natural de dicha cultura. De otra manera, se corre el riesgo de que en el seno de la entidad los programas se perciban como una suerte de seguro frente a la acción penal*. Circular 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015, págs.39-40.

Realizaremos este intento aplicativo observando, de partida, cómo las Ciencias naturales, la Psicología evolucionista y la Economía, identifican en las ancestrales conductas de punición un motor esencial para la conformación de la naturaleza social humana.⁶² Las ciencias experimentales evidencian ya en aluvión cómo la punitividad se ubica en el centro de las cogniciones humanas. Las reacciones de justicia son altruistas, esto es, son solidarias y anti-económicas, por cuanto se activan no solo ante abusos propios, sino también frente a los abusos sufridos por otros.

Sin embargo, la función eminente y esencial que pudo jugar esta punición desinteresada o altruista en la conformación humana, su constancia fenomenológica en los más variados contextos sociales, se nos todavía presentan enigmáticas: surge la mayúscula incógnita de cómo pudo seleccionarse y expandirse entre los seres humanos la preferencia a favor de una conducta justiciera anti-económica, en tempranos momentos evolutivos, antes de que los rasgos y preferencias sociales se hubieran naturalizado en la especie.

IV.1. **Signado *pro-social punitivo***

La originaria punición por la propia víctima tiene un cabal sentido defensivo, útil y racional. Es perfectamente racional aquella famosa máxima Kantiana (“si le injurias, te injurias a ti mismo, si le matas, te matas a ti mismo...”) ⁶³, si la aplicamos al estricto “universo” de grupos humanos de unas 150 personas, genéticamente relacionadas. Y al contrario: en dicho contexto pretérito, el altruismo a favor de otro supone cooperar en pro del programa genético compartido. Pero, al densificarse la población y hacerse misceláneo el grupo, por vías de migración, el ejercicio punitivo a favor de otro, no emparentado, un día se haría conducta irracional. En las nuevas condiciones, la punitividad, sentimiento impulsor de la conducta punitiva, queda sin justificación biológica. Ciertamente, quien ejerciera una punición altruista ante la injusticia ajena, se beneficiaría, por supuesto, de los réditos de un orden general más respetuoso y pacífico, pero asumiría unos costes personales no directamente compensados. El conmoveerse ante un asunto ajeno y movilizarse punitivamente dejaría a este sujeto desventajado ante el grupo.

Pues bien, en este laberinto, una de las hipótesis barajadas es, sin duda, que las intuiciones de justicia, promotoras y productoras de la acción punitiva, se hayan naturalizado entre nosotros en función de beneficios indirectos, relacionados con la adquisición de estima y reputación. El ancestral sujeto punitivo, que afrontaba los costes del castigo, a favor de la víctima, y del grupo, y contra el infractor, obten-

⁶² WALSH Anthony, “Evolutionary Psychology and the Origins of Justice”, en *Justice Quarterly*, Vol. 17 N° 4, 2000, pág. 849 y sigs.

⁶³ KANT, Immanuel, *Metaphysik der Sitten* (1797); *La metafísica de las costumbres*, Estudio preliminar de Adela Cortina Orts, trad. y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Canal Sancho, Madrid 1989, pág. 167.

dría, como recompensa, la especial confianza de sus iguales, lo que le permitiría expandir sus intercambios económicos y mejorar su *status* en el grupo⁶⁴.

Este bastidor racional indirecto se relaciona estrechamente con la tesis comunicativa del *signado costoso*:⁶⁵ el sujeto que asume la carga punitiva estaría comunicando al grupo las propiedades positivas, de generosidad, abnegación y capacidad de sacrificio, reacción simbólica que avalaría su carácter confiable en ulteriores interacciones grupales. En este sentido, se abre paso a un modelo que explica lo punitivo social bajo el paradigma comunicativo del *signado costoso*.⁶⁶

Hoy, en el contexto experimental del “juego económico”, se han evidenciado dinámicas espontáneas de compensación reputacional de costes punitivos. Así, entre otros hallazgos, cuando los jugadores acumulan un considerable historial justiciero, esto es, invierten onerosas bazas de castigo contra tramposos-transgresores, no solo se produce el sostenimiento general de la cooperación, buena para todos, como era de esperar, sino algo más, a nivel subjetivo: los jugadores punitivos, frente a quienes no invierten en el castigo del tramposo, reciben de otros jugadores un *plus* de ayuda y colaboración y ven compensados, a largo plazo, los costes punitivos invertidos⁶⁷. Junto a ello, la dimensión expresiva de la punición se hace presente, asimismo por vía experimental: según se comprueba, la actividad punitiva se incrementa considerablemente en función del aumento de espectadores, confirmándose la “vocación espectacular”, comunicativa, de la acción punitiva.⁶⁸

Desde esta perspectiva bio-económica, se ha propuesto un diseño fundacional de intercambio humano, donde quienes ejercen costosamente el castigo, recaudan tributos inmateriales o simbólicos (luego fácilmente materializables); entre tanto, el grupo se aprovecharía de los beneficios, pacificadores y socialmente estabilizadores, alcanzados por el esfuerzo del *signador punitivo*. En este equilibrio primigenio, sería posible conciliar legítimos intereses políticos, éticos o incluso ambiciones privadas del emisor del *signo punitivo* con los provechos sociales que este emisor

⁶⁴ Vid TENNIE, Claudio “Punishing for your own good: the case of reputation-based cooperation”, *Behavioral and Brain Sciences*, vol. 35, núm 1, 2012, págs. 40-41

⁶⁵ Según ello, el ejercicio punitivo a cuenta de abuso ajeno y en beneficio del grupo social es una conducta cooperativa que acaso fuera retribuida con la obtención de una especial reputación confiable. Así, afirmará Gintis, *cooperar proporcionando un beneficio al grupo puede ser un signo confiable de la calidad personal, entendiéndose por calidad atributos genéticos o fenotípicos de difícil comprobación directa, que redundan en efectos beneficiosos en las interacciones que emprenda el signador*. Cit. GINTIS, Herbert, SMITH, Eric Alden, BOWLES, Samuel “Costly signaling and cooperation”, *Journal of theoretical biology*, vol. 213, núm 1, 2001, pág. 104.

⁶⁶ SMITH, Eric A y BLIEGE BIRD, Rebecca *Costly signaling and cooperative behavior en Moral sentiments and material interests: the foundations of cooperation in economic life*, Cambridge 2005, págs.122 y sigs.

⁶⁷ DOS SANTOS, Miguel, RANKIN, Daniel J, WEDEKIND, Claus, “The evolution of punishment through reputation”, *Proceedings of the Royal Society B: Biological Sciences*, 2010, rspb20101275. Asimismo en DOS SANTOS, Miguel, RANKIN, Daniel J., WEDEKIND, Claus, “Human cooperation based on punishment reputation”, *Evolution*, vol. 67, núm 8, 2013, págs. 2446-2450.

⁶⁸ KURZBAN, Robert, DESCIOLO, Peter, O'BRIEN, Erin. “Audience effects on moralistic punishment” en *Evolution and Human behavior*, 2007, vol. 28, núm 2, pág. 75-84.

proporcionaría. Para ello, el modelo exigiría que el esfuerzo *signatorio* fuera consistente, arduo, y rigurosamente racional y útil para la sociedad.

¿Qué calidades pone en evidencia el *signador* punitivo en el plano comunicativo?. Entre otras condiciones, su afiliación a objetivos compartidos, su intolerancia frente al abuso, su compromiso con el grupo y, ciertamente, su valía como justa y fiable contra-parte cooperativa. De este modo, ese *signador costoso*, que dispensa castigos, podría verse prestigiado y revalorizado en el grupo, siendo esa retribución indirecta el estímulo clave que habría contribuido, por vía punitiva, a la expansión evolucionaria de la sociabilidad humana.⁶⁹

IV.2. *La corrupción del signo*

La vulnerabilidad de este modelo es, sin embargo, advertida por los biólogos Dawkins y Krebs. Ellos entienden que, salvo que medie parentesco entre los comunicadores, la emisión de *signos* estará siempre transida por el interés individual del comunicador. Ante intereses en conflicto, la selección natural habría favorecido la manipulación, y por ello, un *signado* es una señal nunca confiable: se trataría de un radicalismo expresivo, para obtener del receptor la respuesta que interesa al emisor⁷⁰. De acuerdo a tales claves, la *signación* no puede ser, aceptada, de suyo, como informativa o fiable, y tendrá, más que a menudo, un sesgo eminentemente persuasivo, histriónico, enfático y potencialmente mendaz: el *signador* no está interesado en la veracidad de sus asertos, sino en influir al auditorio en el sentido más conveniente a sus aspiraciones.⁷¹

No otra cosa se observa a propósito del Sistema Penal del Antiguo Régimen, que hará un uso radicalmente expresivo e interesado de la comunicación penal. Así, en *Vigilar y castigar*, Foucault identifica famosamente crueles *signos* de punición espectacular, que emitía el Estado despótico no en aras de la justicia o el bienestar de los súbditos: se trataba de abrumar al auditorio con la magnificencia de un poder omnímodo, capaz de aniquilar el mínimo asomo disconforme entre los ciudadanos. El antiguo *signado* punitivo pro-social, habría virado a un *signado de dominación*,⁷² perdida la armonía evolucionaria que algunos predicán de las dinámicas punitivas ancestrales.

Aplicando hoy estas ideas al ámbito del Derecho internacional, se ha dicho que en un régimen tiránico y autoritario, la ampulosa firma de tratados que vinculen al

⁶⁹ SMITH, Eric A y BLIEGE BIRD, Rebecca. *o.u.c* págs. 134 y sigs.

⁷⁰ Vid. DAWKINS, Richard, KREBS, John R. "Animal signals: information or manipulation", *Behavioural ecology: An evolutionary approach*, vol. 2, 1978, págs. 289 y sigs.

⁷¹ Vid DAWKINS, Marian Stamp y GUILFORD, Tim "The corruption of honest signaling", *Animal Behaviour*, 1991, vol. 41, núm 5, págs. 865-873.

⁷² LOTEM, Arnon, FISHMAN, Michael A, STONE, Lewi "From reciprocity to unconditional altruism through signalling benefits", *Proceedings of the Royal Society of London B: Biological Sciences*, vol. 270, núm 1511, 2003, pág. 203.

Estado a abstenerse de actos de represión puede erigirse en un particular *signado* de *dominación*. En este acto, el Estado tiránico se estaría dirigiendo a los potenciales opositores del régimen: es a ellos a quienes se comunicaría la especial fortaleza del Poder para perpetuarse. Ante ellos se *signaría* como un Poder tiránico capaz de todo, hasta de comprometerse ante la comunidad internacional, a despecho de estar dispuesto a romper los compromisos al asomo de insumisión opositora⁷³.

En ambos casos, aún siendo costosos los *signos* para el Poder emisor, puede observarse al un Poder del Estado incurriendo en un alarde o despliegue expresivo, que no produce utilidades pro-sociales.

IV.3. *¿Pavoneos político-criminales?*

No suele darse un abordaje de la acción legislativa como una conducta bio-social de los parlamentarios. Una conducta en la que, más allá de su conformación institucional, cabe entender manifestada la natural condición de los sujetos que integran el Poder penal. Quizá esta consideración podría llevar a un seguimiento comprensivo de esa insaciable preferencia punitivista que se aprecia en ciertos fenómenos penalmente legislativos, más allá de los alcances de la utilidad social.

Las derivas punitivistas han suscitado numerosas hipótesis explicativas en el moderno pensamiento penal y criminológico. En efecto, la tendencia a la hipertrofia legal, registrada en parte significativa de los sistemas penales modernos, fue puesta en evidencia en España, en la obra, ya canónica, “La expansión del Derecho penal”.⁷⁴ De acuerdo con ella, en los términos del penalista Silva Sánchez, sólo un sector del creciente desarrollo normativo encontraría explicación en dar respuesta a las nuevas complejidades de nuestro refinado hábitat⁷⁵. Una substancial parte de las reformas quedarían, sin embargo, ayunas de justificación preventiva o substancial coartada político-criminal.

En esta línea, numerosa doctrina, hace, en nuestro país, regular inventario de las reformas penales hasta hoy sufridas por el Código penal de 1995, desde su entrada en vigor, así como las que han afectado a la LO 5/2000, Reguladora de la Responsabilidad penal de los Menores. Caracterizan a estas reformas su intensidad, su carácter expansivo y rigorista, y su falta de color político específico, siendo impul-

⁷³ HOLLYER, James R. y ROSENDORFF, B. Peter. “Why do authoritarian regimes sign the convention against torture?. Signaling, Domestic Politics and Non-Compliance”, *Quarterly Journal of Political Science*, 2011, núm 6 págs. 275–327.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid 1999, *Vid.* FELIP I SABORIT, David. “Observaciones a La expansión diez años después” en *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Robles Planas y Sánchez-Ostiz Gutiérrez (Coords), Barcelona 2010, págs. 63-85.

⁷⁵ FERNÁNDEZ TERUEL, Javier G. “La expansión selectiva del derecho penal español”, *Revista Digital Facultad de Derecho*, 2009, núm 1, pág. 1.

sadas con igual fervor desde gobiernos de derechas e izquierdas y, en recurrentes ocasiones, su sentimentalismo y esencial irracionalidad.⁷⁶

En efecto, aunque sea imposible reunir aquí todas las alternativas barajadas por la doctrina durante décadas, para explicar la deriva inflacionista del Derecho penal, baste una escueta muestra de los “sospechosos habituales”: el modelo penal securitario, la perversión del discurso del bien jurídico, la crisis del paradigma resocializador, la distorsión constructora de los medios de comunicación, el aumento de la inseguridad cognitiva, el protagonismo de víctimas retributivas, el “complejo criminal”, y el populismo punitivo.⁷⁷ Dichos motivos se señalan, asimismo, como motores de reformas sectoriales que, igualmente, se desinflan como ampulosas pompas de jabón tras un primer alarde triunfal (muy destacadamente, en el ámbito de la lucha contra la violencia contra la mujer, el Derecho penal de menores infractores, la gestión penal del inmigrante y el tráfico de drogas).⁷⁸

Podemos enmarcar una buena parte de estas explicaciones al atender a la conducta de las mayorías parlamentarias que aprueban un proyecto de reforma penal. De este modo, podría, en efecto, considerarse el marco teórico del *signado* para entender la persistente irracionalidad de la acción legislativa en materia penal.

Bajo este paradigma comunicativo, dos requisitos se advierten necesarios para que el emisor punitivo obtenga beneficios ligados al crédito y confianza social: que no se perciba egoísta o agresiva la *signación* punitiva, -esto es, que no se manifieste una implicación interesada (por razón de venganza, resentimiento, ambición,

⁷⁶Ampliamente en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Rigorismo y reforma penal. Cuatro legislaturas homogéneas (1996-2011)” Partes I y II en *Boletín criminológico*, núms. 142 y 143, págs. 1-4 y 1-4.

⁷⁷En este sentido, la legitimación del Derecho penal parece vincularse más a una cruda intensificación que a una valoración selectiva de la oportunidad y la precisa modulación de la intervención penal; ampliamente en POLAINO NAVARRETE, Miguel “La controvertida legitimación del Derecho penal en las sociedades modernas: ¿más Derecho penal?”, en Carbonell Mateu/Del Rosal Blasco/Morillas Cueva (Coord.). *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal* Madrid, 2005, págs. 723 y ss. Vid. Asimismo RIPOLLÉS, José Luis Díez “El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004 págs. 1-34. J GARLAND, David. *The culture of control. Crime and social order in contemporary society*, Oxford 2002, pág. 8 y sigs. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio, “La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo” en *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, vol. 32, núm 3, 1979 págs. 645-700. HASSEMER, Winfried “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1992, vol. 45, núm 1, 1992 págs. 235-250. LARRAURI, Elena “La economía política del castigo”, *Revista de Estudios de la Justicia* núm 11 2009 págs 113-135. Sobre la negativa incidencia político-criminal de la victimidad, TAMARIT SUMALLA, Josep Maria “Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad” *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1, 2013, págs.12 y sigs. HERRERA MORENO, Myriam “¿Quién teme a la victimidad?.El debate identitario en Victimología”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 12, 2014, págs. 343 y sigs.

⁷⁸Vid. POLAINO NAVARRETE, Miguel. “Entre el Derecho penal simbólico y el Derecho penal del enemigo: la represión punitiva de la llamada "violencia de género" en *Derecho y justicia penal en el siglo XXI: liber amicorum en homenaje al profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid 2006 págs. 673-712. HIGUERA GUIMERÁ, Juan Felipe “Las repetidas reformas parciales de la Ley Penal del Menor”, *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 2006, nº 27, págs. 64-90. POLAINO-ORTS, Miguel. “Las reformas de la Ley del menor (LO 8/2006): el menor como enemigo”, *Cuadernos de Política Criminal*, vol. 2, núm. 95, 2008. págs. 157-210.

eliminación de adversarios etc); y, correlativamente, que la punición dispensada sea percibida como ejercicio valioso y legítimo⁷⁹.

El *Ius Puniendi* propio del Estado Democrático tiene una relación tan inmediata con la comunidad, que su estabilidad viene a depender, en mayúscula medida, de la estima, refrendo y aprobación democrática de los destinatarios de la norma. Bien puede decirse que el oxígeno del *signador* parlamentario es la buena estimación pública, lo cual no debería ser, en sí mismo, negativo, e incluso forma parte del sano juego constitucional. Sin embargo, asistimos a un debate radicalizado y competitivo, en un Sistema político altamente polarizado, con periódicas e intensivas crisis de imagen gubernamental, donde el legislador usará al Derecho penal como mecanismo comunicativo privilegiado para practicar la mera ventilación de virtudes cívicas⁸⁰. Los beneficios indirectos son, en este tapid político, un bien escaso y reñido.

Desde el planteamiento naturalista, la punición, como cabe recordar, estuvo un día fuertemente asociada a un altruismo y generosidad conductual compensados con la obtención de *status* para el sujeto que emprendía la acción punitiva. Esta remota dinámica puede tener cierta presencia en fenómenos contemporáneos. Si ello fuera cierto, el acercamiento político al campo penal, trasunto de la antigua *conducta punitiva costosa* permitiría poner de manifiesto ante el grupo social un conjunto de notas positivas: la capacidad de abnegación solidaria, la implicación en un desprendido combate contra la impunidad, la sensibilidad para conmovearse ante los abusos victimales en la comunidad.

En esta clave, la sucesión de reformas penales, respondería a la reiteración periódica de crisis y competitividad reputacional por parte de quienes integran las mayorías de Poder. De este modo, los gobiernos instarían inexorablemente, sus expresivas reformas penales siguiendo un esquema comunicativo de ancestral resonancia.⁸¹ Sin embargo, las lógicas contemporáneas no responden a las exigencias del *principio del hándicap*, de Zahavi, que exige garantizar la fiabilidad comunicativa mediante una costosa inversión pro-social.

En efecto, el esfuerzo del *signador punitivo* estatal no es genuinamente *costoso*, ya que, en nuestros días, los riesgos y costes punitivos no son personalmente asumidos por los comunicadores punitivos. El legislador penal recibe una retribución y los costes del sistema penal y penitenciario son sostenidos por el grupo social. Ello conduce a que el *signo* penal del Poder legislativo no sea lo suficientemente fiable. El *Ius puniendi*, muy a menudo, opera de modo acelerado, o espasmódico, la *Justi-*

⁷⁹ RAIHANI, Nichola J., BSHARY, Redouan, “The reputation of punishers” *Trends in ecology & evolution*, vol 30 núm 2, 2015, págs. 98 y sigs.

⁸⁰ Sobre estas presiones y dinámicas de radicalización política *vid.* POSNER, Eric A. “Symbols, signals, and social norms in politics and the law” en *The Journal of Legal Studies*, vol. 27, núm 2, 1998 pág. 765-797.

⁸¹ Extensamente en DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis “El Derecho Penal simbólico y los efectos de la pena” en *Persona y Estado en el umbral del siglo XXI*, 2001 Málaga, págs. 185-208.

ficación de Motivos se produce como repertorio retórico (*cheap talk*) y no se incluye en el proceso costes de evaluadores que sometan a rigurosos filtros empíricos y mediciones fiables los resultados que se auguran. En este sentido, la conducta legislativa se habría convertido en una forma de *signado* rápido, persuasivo en absoluto confiable, dirigido a encantar a los auditorios.

Una actividad punitiva *costosa*, fiable sería aquella tarea reposada, donde la recogida y análisis de la información decisiva fuera gestionada por expertos, -así juristas como criminólogos y analistas empíricos- los actores implicados extremarían el rigor en la toma de decisiones a partir de una coordinada y técnica división del trabajo, y el producto se adecuara a hormas de racionalidad en los niveles lingüístico, jurídico-formal, pragmático, teleológico y ético.⁸² Sólo la inversión en costes institucionales penalmente racionales podría afianzar la *signación* del *Ius puniendi*.⁸³

Las tesis de comunicación biológica permiten, así, interpretar las derivas penalmente populistas como el aprovechamiento político-criminal de la activación espontánea, entre la ciudadanía, de ancestrales simpatías y respaldos de grupo a favor de gobiernos punitivistas, trasunto institucional de quienes, en momentos evolucionarios, asumían altruistas roles punitivos.

Es bien cierto, de otra parte, que el naturalismo penal puede esgrimir postulados en todo ajenos a las ideas que acabamos de expresar. En efecto, un conocido planteamiento viene defendiendo, en décadas recientes, que la disfunción propia del moderno Derecho penal acaso no resida en un exceso penal de populismo, sino, precisamente, en un déficit.⁸⁴ Ésta es la doctrina que a continuación abordamos.

V. Paul H. Robinson: una postulación naturalista del Derecho penal

Como exponentes generales del nuevo discurso, ciertos postulados anglosajones se pronuncian a favor de un Sistema penal de base colectiva o de participación directa. Este planteamiento, penalmente colectivista, es, en efecto, desarrollado por penalistas como Dzur⁸⁵, Bivas⁸⁶ o Robinson. Dichos autores abogan por una doctri-

⁸² Extensamente en ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Contribución a una teoría de la legislación*. Madrid 1997. Asimismo Vid. TAMARIT SUMALLA, Josep Maria. “Política criminal con bases empíricas en España”, *Política criminal: Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, 2007, núm. 3, 2007 págs. 1-16

⁸³ En este sentido, vid. BECERRA MUÑOZ, José, *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*. Valencia 2013, págs. 325 y sigs, Asimismo, vid TAMARIT SUMALLA, Josep Maria, *Política criminal con bases empíricas en España*, op.cit. pág. 10 y sigs.

⁸⁴ Ampliamente, sobre ello, BIBAS, Stephanos. *The Machinery of Criminal Justice*. Oxford, 2012.

⁸⁵ Este autor aboga por reforzar las dinámicas e insuflar energía en el lánguido status empírico del jurado, para conseguir una verdadera implicación democrática vid. DZUR Albert W., *Punishment, Participatory Democracy, and the Jury*, Oxford 2012. Junto a ello, se posiciona muy vehementemente a favor de la Justicia restaurativa, para impregnar la resolución del conflicto de valores de diálogo cívico y de sentido común. Vid. del mismo autor, “Civic implications of restorative justice theory: citizen participation and criminal justice policy”, *Policy Sciences*, vol. 36, núm 3, 2003, págs. 279-306. Sus postulados penales se

na que comienza a ser aludida como *Nuevo populismo formal (New form populism)*⁸⁷, en contraste con el convencional *Populismo punitivo*. Este último implica, a los ojos del primer sector, una manipulación de la voluntad social, en manos de élites políticas, que, al cabo, serían productoras de un Derecho penal abstruso y tecnificado. Para los *Populistas formales*, lo popular, laico o lego, implica un regreso a la democracia, directa, emocional y de cabal sentido⁸⁸.

En el ámbito del Derecho penal, Paul H. Robinson acomete el replanteamiento sistemático desde una vertiente evolucionaria, donde la conducta penalmente legislativa se concibe como evolución contemporánea de los ancestrales desempeños *punitivos a favor del grupo*. Este autor se centra en las funciones evaluativas de injusticia para las cuales todo ser humano vendría, de suyo, equipado. La idea de “estimaciones morales populares” está muy presente en las obras de todos estos penalistas⁸⁹, si bien es ciertamente Robinson quien da a sus postulados un más vehemente giro naturalista basado en experimentación.

En su obra *Intuitions of Justice and The Utility of Desert*⁹⁰ resume más de una década de experiencias seguidas en laboratorio científico-social⁹¹, siendo, el suyo, un tipo de abordaje empírico saludado como notable “giro experimental”. Robinson postula la construcción de un Derecho penal *legal pero laico* según modelo por él tildado de *merecimiento empírico*. Su tesis asegura defender una Política penal

refunden con los propios de la democracia deliberativa, casi asamblearia, convocada en torno a intereses comunitarios. En nuestro país, en los años de introducción de la Justicia Restaurativa, la vertiente antropológica de la justicia comunitaria, estuvo muy presente. Autoras como Varona y Palma, respectivamente, se remitían a mecanismos de arreglo y conciliación en minorías gitanas, y a ritos colectivos de composición y pacificación comunitaria tribal. Vid. VARONA MARTÍNEZ, Gema, *La mediación reparadora como estrategia de control social: una perspectiva criminológica*. Granada, 1998. PALMA CHAZARRA, Luhe, *La mediación como proceso restaurativo en el sistema penal*, Sevilla, 2007.

⁸⁶ Bivas advierte que las sentencias hoy, opacas, abstrusas, son ininteligibles para el común de los ciudadanos. Que se ha creado un golfo que separa a una Justicia tecnificada y al sentido y la opinión general; él es partidario de humanizar el sistema penal con la introducción de jueces *de confianza*, el énfasis víctima-céntrico y la participación activa y la reintroducción del juicio moral popular en una justicia de cercanía. Vid. BIBAS, Stephanos, *The Machinery of Criminal Justice*, Oxford 2012. ROBINSON, Paul H, *Intuitions of justice and the utility of desert*, Oxford 2013.

⁸⁷ Vid. ROBERTS, Julian V. y De KEIJSER, Jan W. “Democratising punishment: Sentencing, community views and values”, *Punishment & Society*, vol. 16, núm 4, 2014, pág.476.

⁸⁸ BIVAS, *The Machinery..op. cit.* págs. 27 y sigs

⁸⁹ De quienes se predica estar incursos en una suerte de aldeanismo nostálgico de peligrosas derivas. Así, vid. LACEY, Nicola “Humanizing the Criminal Justice Machine: Re-Animated Justice or Frankenstein's Monster?”, *Harvard Law Review* 2013, pág. 1312 y sigs.

⁹⁰ ROBINSON, Paul H, *Intuitions of justice and the utility of desert*, Oxford 2013,

⁹¹ Estas investigaciones, que Robinson acomete junto al Psicólogo social John Darley, someten a evaluadores legos a casos-escenario criminales, para recabar su parecer y medir su grado de concordancia en términos de legitimidad, merecimiento y pena. En concreto, abordan qué contenidos antisociales se estiman por todos criminalizables, cómo proyectan los legos sus estimaciones sobre legitimación, culpabilidad y excusa y hasta qué punto sus conclusiones se apartan de aquellas a las que se llega por vía dogmática. Vid. ROBINSON, Paul H., DARLEY, John M. *Justice, liability, and blame: Community views and the Criminal Law* Boulder, San Francisco, Oxford, 1995.

productora de consecuencias razonables, populares, pero punitivamente no desafiadas⁹².

El “punitivismo empírico” o Derecho penal basado en el “*merecimiento empírico*” viene a defender una pena dirigida a sintonizar con una urgencia humana, intuitiva y según se afirma, básicamente insustituible, de “justa punición”. Aún más lejos, desde este planteamiento, se realiza una llamada a la desprofesionalización de las mentes jurídicas, quienes por mejor allegar la esencia utilitaria de la pena, serán convocadas a sucumbir a la espontaneidad y genuinidad de las nucleares intuiciones legas⁹³.

De acuerdo con ello, la norma penal, de un lado, debería recuperar una configuración basada en la satisfacción de exigencias intuitivo-punitivas de la colectividad. De este modo, además de los beneficios emocionales sobre los ciudadanos, centrados en una mayúscula adhesión normativa, se alcanzaría el substancial ahorro de los llamados por el autor *costes sociales de la injusticia*⁹⁴.

Para Robinson, la conciencia social de legitimidad y corrección moral del Derecho penal intuitivo genera capital social e ilusión cívica, lo mismo que la discordancia precipita disenso y profunda desilusión⁹⁵. Su hipótesis presenta, ciertamente, históricas conexiones con el pensamiento penal clásico europeo. Así, Carrara, exponente de la Escuela penal Clásica, también defendía la existencia de reglas de deber innatas⁹⁶. En esta idea, el penalista clásico sostuvo que la aplicación del Derecho penal determinará, así, efectos de reafirmación colectiva y fortalecimiento de la emoción moral compartida.⁹⁷ Una diferencia entre ambas posiciones reside en que, para Robinson, esta gratificación social proviene de la concreta configuración del Derecho penal y su modo de distribuir las sanciones penales, mientras que para Carrara, es la acción moral de la pena, tras la comisión del delito, lo que determina esa reintegración.

Robinson postula, así, en primer lugar, que las intuiciones punitivas compartidas deberían presidir las legislaciones, basándose en fundamentos de democracia como en las necesidades normativas de integración social. Una norma penal, advierte, para ser eficaz, debe comprender transgresiones que despierten marcados desafectos punitivos pulsados entre la población y adscribir la sanción merecida de un modo correspondiente a las estimaciones comunitarias de reproche y castigo mere-

⁹² Así, vid. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos del Derecho penal. A quién debe sancionarse y en qué medida*, trad. Ortiz de Urbina Gimeno, y Ragués i Valles, Madrid Barcelona y Buenos Aires 2012, págs. 169 y sigs y 224 y sigs.

⁹³ ROBINSON, Paul H., “Testing lay intuitions of justice: How and why?”, *Hofstra Law Review*, 2000, vol. 28, págs. 611-634

⁹⁴ Extensamente sobre ello, vid. ROBINSON, Paul H y DARLEY, John M. “Utility of desert”, *Northwestern University Law Review*, 1996, vol. 91, núm 2 págs. 453-499.

⁹⁵ ROBINSON, Paul H., *Principios distributivos...op cit.* pág. 200 y 2006.

⁹⁶ CARRARA, Francesco, *Programa de Derecho Criminal*, Bogotá, 1956, págs. 615-616.

⁹⁷ ANTÓN ONECA, José, *Derecho penal, Parte General*, Madrid 1949, pág. 480.

cido.⁹⁸ De este modo, una Política criminal sujeta al sentido y medida de las intuiciones compartidas⁹⁹, generaría normas penales sintonizadas a una suerte de antijuridicidad colectiva, máximamente comprometente, por cuanto compartida por la ciudadanía.¹⁰⁰ Este valioso *plus* de democracia, movilizaría una mejor internalización penal y potenciaría una extrema adhesión a la norma¹⁰¹

Sin temer que el viraje vernacular redunde en un indeseable recrudecimiento punitivo, defiende el autor que el ajuste del Derecho penal a las intuiciones no implicaría, de suyo, un incremento de la gravedad penal. El hecho de que la opinión popular se manifieste habitualmente en términos de rigor punitivo obedecería al hecho de que los medios de comunicación ofrecen visiones parciales y sesgadas de los problemas sociales, y asumen posturas que tienen que ver más con cargas de intereses políticos que con requerimientos de justicia. Por lo general, según esta visión, la opinión pública se orienta por esta información periodística, que, a menudo, refleja la interesada visión gubernamental y legislativa de los problemas sociales. Es así como, según el autor, se estaría interfiriendo en la deseable y espontánea secuencia, conforme a la cual la norma debería ser creada conforme a las estimaciones cívicas, y no al contrario, la sociedad amoldarse a normas que les son ajenas¹⁰².

Si, según aduce, los legisladores laicos (los miembros del grupo social) tuvieran a su disposición una información integral y no distorsionada, que permitiera aplicar criterios naturales de justicia, sus demandas serían menos punitivas. A tenor de una demostración empírica llevada a cabo desde sectores favorables a esta doctrina, cuando se aplican criterios basados en justicia, los evaluadores adoptan decisiones más moderadas y homogéneas que cuando aplican criterios preventivos usuales, los cuales fijan consecuencias punitivas por encima de lo naturalmente merecido, registran un mayor desacuerdo en las estimaciones. Así, según se afirma, el intuicionismo penal no habría suscitado, en los EEUU, medidas tan desviadas del patrón de justicia como las leyes de “*Three strikes*”, que agravan desorbitadamente la

⁹⁸ ROBINSON, Paul y DARLEY, John, “The utility of desert”. *Northwestern University Law Review*, 1997, vol. 91, págs 453-499. ROBINSON, Paul H., KURZBAN, Robert y JONES, Owen D. “Origins of Shared intuitions of Justice”, *The Vandervilt Law Review* 2007, vol. 60, pág. 1633.

⁹⁹ Para esta medición, la metodología de Robinson descansa en el desarrollo experimental de escenarios-tipo, referidos a repertorios de casos sobre los cuales unos evaluadores legos han de asignar niveles de responsabilidad y pena. *Vid.* ROBINSON Paul H y DARLEY, John M, *Intuitions of Justice: Implications for Criminal law and Justice Policy*, University of Penn Law School, Research Paper N° 07-12, *Southern California Law Review*, Vol. 81, 1, 2007, págs.1-67.

¹⁰⁰ En tal sentido, advierte Darley, defendiendo el común planteamiento: *Los códigos penales que se encuentran en línea con las intuiciones compartidas son percibidos como promotores de justicia y obtienen credibilidad como guías hacia el comportamiento ético que los ciudadanos han de ser orientados a seguir. Aquellos que buscan cambiar secciones legales –legítimo y frecuente esfuerzo- deben perseguir el convencimiento cívico de la superioridad moral de los cambios. Cit.* DARLEY, John. “Realism on change in moral intuitions” *University of Chicago Law. Review*, 2010, vol. 77, págs 1644. 1643.

¹⁰¹ *Vid.* ROBINSON, Paul H, GOODWIN, Geoffrey P., REISIG, Michael D. *Disutility of Injustice*, *New York University Law Review*, vol. 85, 2010, págs. 1940 y sigs.

¹⁰² ROBINSON, Paul H, GOODWIN, Geoffrey P., REISIG, Michael D, *o.u.c.* págs. 1981 y sigs.

punición por acumulación de tres condenas previas, o algunas normativas penales exacerbadas en ámbitos como el de las drogas y salud pública, estatuto de Odio o el incremento del castigo de los menores por el Derecho penal de adultos, soluciones todas ellas presididas por motivos preventivos al uso¹⁰³.

De este modo, la desviación de los parámetros de merecimiento empírico, tendría, según se advierte, un grave coste social en pérdida de autoridad normativa. Para el autor, estas resultas negativas –el llamado *efecto criminógeno de la injusticia*– se determinan no sólo cuando concurre una gran desviación de los estándares de merecimiento popular, sino que incluso desviaciones menores pueden tener gran incidencia, por su carácter cumulativo, produciendo efectos que difícilmente serán compensables por eficacia preventiva alguna¹⁰⁴: un inexorable déficit de credibilidad, y ascendente saldría al paso del correcto acatamiento socialmente normativo. En tal sentido, el nuevo *penalismo lego* obtendría mayor acatamiento social, coherencia en sus valoraciones punitivas, unanimidad en las zonas dudosas, y en especial, una mayor facilitación de la internalización normativa¹⁰⁵.

Junto al anterior intuicionismo legislativo, se aprecia una postulación similar en el ámbito judicial. En dicho terreno, la dispersión de las filosofías punitivas estaría, según se denuncia, siendo responsable del actual desprestigio de la Justicia. Problema al que se sumaría el de los jueces que siguen a menudo, lógicas contra-intuitivas, presididas por objetivos de disuasión, inocuización o corrección. Desde este planteamiento, la homogeneidad y seguridad de las decisiones judiciales alcanzaría eficientes niveles de seguridad jurídica si los jueces se embebieran de intuiciones legas; así, por cuanto la razón del merecimiento es patrón decisorio entre los ciudadanos, no otra razón debería emplearse en la determinación judicial de las sentencias penales.¹⁰⁶

El autor no se muestra inasequible a cierta moderación cultural de exigencias naturalistas y admite, que parte de las demandas intuitivas pudieran ser atendidas desde otros órdenes normativos; advierte que este planteamiento naturalista no legitima por sí mismo la pena capital, o, siquiera, un mayor rigor punitivo; y pasa por la conveniencia, finalmente, de que el Estado adicione fines preventivos subordinados a los prioritarios objetivos penalmente naturalistas. Pero el Sistema debería desviarse de las nociones comunitarias de merecimiento y justicia sólo cuando tal desviación alcanzara un objetivo que no alcanzable por vía del *Derecho penal lego*. Y, en tales casos, los beneficios preventivos de la desviación del merecimiento

¹⁰³ ROBINSON, Paul H, GOODWIN, Geoffrey P., REISIG, Michael D. *o.u.c* pág 949-1961

¹⁰⁴ ROBINSON, Paul H, GOODWIN, Geoffrey P., REISIG, Michael D, *o.u.c.* págs 1995 y sigs.

¹⁰⁵ *Vid.* ROBINSON, Paul H, BARTON, Joshua Samuel y LISTER, Matthew, “Empirical desert, individual prevention, and limiting retributivism: A reply”, *New Criminal Law Review*, vol. 17, núm 2, 2014, págs. 315 y sigs.

¹⁰⁶ *Cit.* DARLEY, John M, CARLSMITH, Kevin M. ROBINSON, Paul H. “Incapacitation and just deserts as motives for punishment” *Law and Human Behavior*, 2000, vol. 24, no 6, pág. 679 similares fundamentos se citan en ROBINSON, Paul *o.u.c* pág. 611-634

popular deberían compensar los costos inherentes a la anticipable devaluación del descrédito normativo que supone apartarse de los dictados intuitivos.¹⁰⁷

De otra parte, esta visión augura el fracaso de la gestión *restaurativa* como alternativa sostenible, en tanto no se alberguen en ella elementos retributivos explícitos (así, acuerdos de reparación que incorporen un coste u esfuerzo aflitivo)¹⁰⁸. En este sentido, Robinson aboga por acondicionar el contexto *restaurativo* con la introducción de criterios de merecimiento y acomodar las soluciones a criterios de *pena justa*¹⁰⁹.

¿En qué consiste ese *merecimiento empírico*, base, suma y medida de las directrices político-criminales más satisfactorias y preventivas?

V.1. *El merecimiento de punición naturalista*

El concepto de merecimiento, en Derecho penal, conecta con obvios parámetros retributivos, ligados a un juicio de desvalor de antijuridicidad y culpabilidad. Frente a ello, el merecimiento que defiende esta tesis es de naturaleza espontánea, universal y popular, esto es, no técnico o laico. Frente a otros juicios de desvalor no empíricos (vengativo-niveladores o deontológicos, como los llama Robinson)¹¹⁰, el merecimiento empírico responde a las valoraciones sociales intuitivas, tal como se registran y manifiestan espontáneamente en el laboratorio experimental. Un Derecho capaz de ponerse en línea con tales cogniciones será, según se dice, un Derecho penal democrático, que refleje fielmente las convicciones de los ciudadanos. Además, un Derecho así permite ser dirigido a consecuencias sociales útiles, si bien distintas de la disuasión o inocuización, rehabilitación criminal u otras utilidades preventivas especiales y generales, de valor discutido y no plenamente validado por los instrumentos criminológicos¹¹¹.

Robinson aboga por discernir el sentido de las cogniciones socio-emotivas, sondeando, en grupos experimentales, el valor de las estimaciones de justicia, para conformar el Derecho penal según sus dictados. El autor oferta un diseño donde un principio de merecimiento empírico primario preside la responsabilidad penal, y donde las desviaciones solo se aceptarán si son bagatelarias o mínimas¹¹².

La principal aptitud de este Derecho penal intuitivo se vincula, en el plantea-

¹⁰⁷ Vid. BOWERS, Josh y ROBINSON, Paul “Perceptions of Fairness and Justice: The Shared Aims & Occasional Conflicts of Legitimacy and Moral Credibility”, *Wake Forest Law Review*, 2012, vol. 47, pág. 211-284.

¹⁰⁸ Vid. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos del Derecho penal*, ob. cit. págs. 237-245

¹⁰⁹ En ese caso la *Justicia Restaurativa* podría expandirse a casos más allá de la justicia juvenil y delitos menores. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos...*, ob. cit. págs. 237-245. Es más que verosímil que esta hipótesis sea cierta... como que, muy probablemente, sea entonces, el nombre, lo que quedara de de “restaurativo” en un giro semejante.

¹¹⁰ Ampliamente, Vid. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos...*, ob. cit. págs 160-166

¹¹¹ Vid. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos...op. cit* pág 228-232.

¹¹² Vid. ROBINSON, Paul H, *Principios distributivos...op.cit.* págs. 274 y sigs.

miento de Robinson, a principios de justicia distributiva, por cuanto las intuiciones compartidas por la comunidad dictarán escalas de desvalor relativo de las distintas infracciones, y les asociarán las penas respectivas. El provecho social, esto es, las consecuencias extraíbles del Derecho penal intuitivo, vendrá dado por dos notas: la adhesión social espontánea y la mayor conformidad a partir de auto-persuasión moral. La mayor adhesión moral del obligado normativo deriva de la paz social que propiciaría ese Derecho, sin dar ocasión de resistencia, desacato o acción justiciera. Y, por ende, podría obtenerse una acción preventiva “límite” basada en la legitimidad percibida en un *Ius puniendi* acorde con las intuiciones¹¹³.

V.2. *Decíamos ayer: el ancestral empiricismo de las intuiciones de justicia*

Pero ya que las estimaciones *legas*, o naturalistas, ocupan la cima en la jerarquía valorativa de este diseño, quizá convenga hacer un alto (o más bien, iniciar un hipotético regreso) evolucionario, para entender el sentido con el que fueron configuradas y las dinámicas e inercias con las que operan, según estudios bio-sociales.

V.2.1. *El sentido evolucionario de las intuiciones de justicia*

En otras palabras: si las intuiciones de justicia pueden procurar hoy, bajo determinadas condiciones, una veloz e intensa sintonía valorativa, era porque “ayer” respondían a necesidades punitivas humanas, sentidas en el ancestral escenario evolutivo. Este sentimiento natural de justicia no responde a una concreta floración histórica, sino a un milenario proceso de selección natural. Justicia, igualdad y reciprocidad humana comparten, así, un inveterado arraigo cognitivo¹¹⁴. El debate bio-social sobre la utilidad de las intuiciones punitivas es uno de los más reñidos, de modo que, hoy, identificar el sentido de la punitividad, su mayúsculo rol en el sostenimiento de la cooperatividad grupal, es, en buena medida responder al *enigma de la ultra-socialidad humana*.¹¹⁵

Desde fundamentos evolucionarios, como antes comentamos, hoy se sostiene la relevancia esencial de la punición en aras al mantenimiento de la cooperación social normativizada. La acción punitiva es producto conductual a la medida de la *punitividad*, emoción socio-moral integrada entre las intuiciones de justicia, que se activa contra quien aporta por debajo de la igualdad cooperativa, movilizandole energías agresivas contra aquel que se le revela como infractor¹¹⁶. Trivers, quién

¹¹³ Vid. ROBINSON Paul H, *Principios distributivos...op. cit* págs 197-210

¹¹⁴ Vid. KREBS, Dennis L. *The evolution of a sense of justice* en. J.Duntley y T. K. Shackelford (Eds.), *Evolutionary forensic psychology*, Nueva York, 2008, págs.231

¹¹⁵ Vid. GINTIS, Herbert “Solving the puzzle of prosociality” en *Rationality and Society*, vol. 15, núm 2, 2003, págs. 155-187.

¹¹⁶ Es clásico, a este respecto, el encuadre del sentimiento punitivo como emergente en una sociedad de trueque, dirigido a revelar al infractor -quien desnivela la igualdad en los intercambios- y a dirigirse enérgicamente contra él vid. PRICE, Michael E. COSMIDES, Leda TOOBY, John “Punitive sentiment as an anti-free rider psychological device” en *Evolution and Human Behavior*, 2002, vol. 23, núm 3, págs. 203-231.

identificó para la justicia una sede cognitiva (pensando, el iluso biólogo, que científicos sociales y normativos iban a darle el trato de un verdadero héroe bio-rawlsiano)¹¹⁷ entendía que el sentimiento de justicia proporcionaba una cabal evaluación del comportamiento ajeno que preservaba la igualdad en las relaciones recíprocas¹¹⁸.

Al principio, se ha observado, el sostenimiento de la reciprocidad en los intercambios era satisfecho por la acción vindicativa victimal, perfectamente interesada y racional en primigenias comunidades. Con el refinamiento del pensamiento y la conducta coalicional, el victimario se buscará aliados para poder rechazar la represalia: la víctima, a solas, será ahora débil para reaccionar contra un victimario reforzado. Puesto que la punición es precisa para el grupo, y ya la víctima no es capaz de proporcionarla, serán terceros punitivos más poderosos y numerosos que la víctima, aun no afectados por el abuso, quienes habrán de ocuparse¹¹⁹.

De este modo, la mente humana y sus adaptaciones habría sido escenario de una *guerra armamentística*: frente a las alianzas victimarias, los miembros del grupo debían procurar la punición, toda vez que la impunidad era dañina; los riesgos del acto justiciero se minimizarían cuanto mayor el número de sujetos dispuestos a punir, cuanto más coordinados obraran y más unánimes; secundariamente, también cuanto más apoyados moralmente por el resto del grupo.

Así, los psicólogos evolucionistas Descioli y Kurzban desarrollan una teoría funcional de las intuiciones de justicia, conforme a la cual las estimaciones de justicia cumplían un rol persuasivo, cohesivo, para reclutar y poner de acuerdo a los miembros del grupo, -cuantos más, mejor- en torno a la necesidad de punir¹²⁰. El juicio natural de justicia prepara, así, una toma de partido y una movilización de energías en terceros, típicamente en torno a evidencias no ambiguas¹²¹. La cogni-

¹¹⁷ Como solía suceder con la Socio-biología, el autor fue duramente perseguido desde las ciencias sociales como ultra conservador, determinista darwiniano etc. Vid. TRIVERS, Robert *Reciprocal altruism: 30 years later* en P. M. Kappeler y C. P. van Schaik (Eds.), *Cooperation in primates and humans: Mechanisms and evolution* Berlin 2006, págs.67-84.

¹¹⁸ En este diseño conceptual, se basó en un modelo de "altruismo recíproco" Vid. TRIVERS, Robert L. "The evolution of reciprocal altruism" en *The Quarterly review of Biology*, vol. 46, núm 1, 1971 págs. 35-57.

¹¹⁹ Se trata, en verdad de un verdadero enigma el haber pasado de ser individuos auto-interesados a sujetos dispuestos a sacrificarse por otros con los que no compartimos genética. La idea de que la punición pudo haber promovido la reciprocidad e igualdad en los grupos no resuelve el enigma, en puridad, por cuanto punir se evidencia conducta social y altruista, desprendida, no condicionada a la recuperación de costes. El juego económico-evolucionario del *ultimátum* evidencia que la punitividad emerge en los seres humanos de modo no interesado. Sobre este atolladero conceptual, vid. GINTIS, Herbert, "Solving the puzzle of prosociality", *Rationality and Society*, 2003, vol. 15, núm 2, págs. 155-187.

¹²⁰ Vid. ROBINSON, Paul H KURZBAN, Robert y JONES, Owen D. "The origins of shared Intuitions of Justice", *Vanderbilt Law Review*, vol. 60, 2007, pág. 1633. ROBINSON, Paul H., KURZBAN, Robert, "Concordance and conflict in intuitions of justice". *Minnesota. Law Review* vol. 91, 2006, pág 1829. En ambos se describe la emergencia y sentido de la intuición de justicia como equipación cognitiva proyectada a condenar y punir al infractor de la norma social que produce una pérdida grave.

¹²¹ KURZBAN, Robert, DESCIOLO, Peter, FEIN, Daniel, "Hamilton vs. Kant: pitting adaptations for altruism against adaptations for moral judgment" en *Evolution and Human Behavior*, pág. 285, vol. 33, núm

ción de justicia tenderá a activarse ante una información accesible que de forma nítida y con el menor margen de controversia posible, aúne a mayor número de sujetos en torno al acto justiciero, bien sea para acometerlo personalmente o bien, de modo subsidiario, para respaldar colectivamente la acción de los *terceros punitivos*. Así, las intuiciones de justicia atenderán prioritariamente a los elementos de juicio que generen especial consenso, por su índole palmaria y escasamente controvertible, y que, por su objetividad, no dejen ver partidismo o interés personal en el sujeto punitivo (pues ello iría en contra de la adhesión de otros justicieros). Por todo ello, las estimaciones de justicia se activarán fuertemente sobre marcadores de intención directa y resultado material, los más expresivos y menos litigiosos.¹²²

De este modo, las estimaciones *legas* de justicia se activan incondicionalmente ante evidencias palmarias de abuso. Tienen como objetivo la desaprobación y condena del abuso, con la consiguiente asignación del castigo procedente, sin atender a ulteriores consecuencias útiles. La característica ceguera de las intuiciones a las consecuencias del ejercicio punitivo tendría que ver, una vez más, con las dificultades de coordinar y unificar a un grupo de sujetos: si se discrepara sobre los posibles alcances útiles del ejercicio punitivo, habría quienes renunciaran a este ejercicio. Ante tal riesgo, se ha dicho, la heurística evolucionaria del merecimiento punitivo habría eliminado las especulaciones de futuro, centrando la atención en la evidencia de transgresión palmaria y activándose ante ella al margen de cálculos de utilidad.¹²³

En esta clave, para que la generalización ancestral de una necesaria punición supra-victimial tuviera lugar, la idea de deber genérico y categórico resultaría, se ha defendido, esencialísima. La violación del mandato normativo, como injusticia, posibilitaría una comunicación clara, no ambigua, relativa a la necesidad y oportunidad de proceder al castigo¹²⁴.

Como vemos, las espontáneas estimaciones cívicas de justicia incluyen, en su núcleo, raseros vindicativos y re-niveladores, como corresponde a su primer origen, supletorio de la víctima punitiva. De otra parte, la *intuición lega* integra, en pureza, una forma fulgurante e incondicionada de cognición deontológica, que se inserta en la arquitectura mental humana.¹²⁵ Sin duda, hoy el moderno desarrollo

4, 2012, pág. 333.

¹²² En este sentido, *vid.* un amplio desarrollo en dos esenciales artículos, DESCIOLO, Peter, KURZBAN, Robert, "Mysteries of morality", *Cognition* vol. 112, núm 2, 2009, págs 281-299. DESCIOLO, Peter y KURZBAN, Robert "A solution to the mysteries of morality" *Psychological Bulletin*, vol. 139, núm 2, 2013, págs. 477-496.

¹²³ *Cit.* BUMANN, Benjamin, EAGLEMAN, David M "Intuitions of Blameworthiness as a Heuristic That Evaluates the Probability of the Offender Committing Future Antisocial Acts", *Thurgood Marshall Law Review*, vol. 36, 2010, pág. 154.

¹²⁴ DESCIOLO, Peter, KURZBAN, Robert, "Mysteries of morality" *op. cit.* pág 285.

¹²⁵ Así, según el mismo autor: "*Es probable que el merecimiento empírico reproduzca con mayor exactitud que cualquier otro principio distributivo consecuencialista una distribución deontológicamente justa de justicia y responsabilidad*". *Cit.* ROBINSON, Paul H, *Principios distributivos...op. cit.* pág. 275 Este

del juicio deontológico, en el sentido aludido por Robinson, toma en cuenta algunos aspectos técnicos imposibles de ser aquilatados por meros estimadores legos. Eso no obsta para dejar de ver las intuiciones como un razonamiento deontológico primigenio, de carácter rápido sucinto y simplificado¹²⁶. En este sentido, y, como se observa, las estimaciones empíricas naturalistas no pueden, como Robinson propone, mantenerse tajantemente separadas de las victimales, por él llamadas vindicativas, ni de las deontológicas, pues ambas están representadas en la intuición de justicia.

V.2.2. *Dinámicas, rasgos e inercias de la justicia intuitiva*

Sin embargo, a pesar de su apego a elementos objetivos y manifiestos, las intuiciones presentan también sesgos, inercias que inducen subrepticamente a errores de estimación *que hoy siguen gravitando sobre el juicio lego*.

Haremos un somero recuento, de acuerdo a lo que revela la moderna indagación bio-social.

-Sesgos punitivistas. Debido a las imperiosas necesidades punitivas del contexto, la precisión estimativa no procuró ventajas evolucionarias superiores a los beneficios de la punición, o, lo que es lo mismo: en aquellos contextos estrechamente equitativos y supervivenciales, la impunidad debía ser más desventajosa para el grupo, que un falso positivo.¹²⁷ El moderno garantismo, profesado por Voltaire en su célebre máxima “*es mejor exponerse a absolver a un culpable que castigar a un justo*” es una invención cultural reciente, a contra sentido de las tozudas intuiciones.¹²⁸

-Sesgos victimológicos. La sensibilidad frente a los daños victimales propiciaría desvaloraciones afectadas por sesgos de empatía. Suele decirse que, sin duda, la empatía, cuyas bases hoy se ponen en relación, con el mecanismo de *neuronas en espejo*, ha llevado a los seres humanos a una máxima expresión altruista, creando una suerte de civilización empática¹²⁹. Sin embargo, la empatía natural es menos universalista y abnegada de lo que se cree, de modo que, en no pocos aspectos,

principio de merecimiento “empírico-deontológico” es, para el autor, el primario y rector, apenas afectado por un régimen de desviación excepcional; convengamos, entonces, que los tabiques que alza el autor entre los distintos “merecimientos” son poco substanciales.

¹²⁶ Vid. CUMMINS D. “Evidence for the innateness of deontic reasoning”, *Mind and Language*, vol 11, núm 2, 1996, págs 160-190.

¹²⁷ En efecto, como se ha afirmado, en términos evolutivos, los “falsos positivos” son más seguros que los “falsos negativos”. Así, orientarse con error a utilidades inexistentes resultaría perjudicial, no cubrir, por mal cálculo, un riesgo, funesto Vid. RIDGWAY, James, “Patternicity and Persuasion: Evolutionary Biology as a Bridge Between Economic and Narrative Analysis in the Law” en *Southern Illinois University Law Journal*, 2011, vol. 35, pág. 281.

¹²⁸ Se ha advertido que el principio de presunción de inocencia, como mecanismo racional y garantista, tendría como base el compensar el fortísimo prejuicio (o constelación de prejuicios) que se suscita espontáneamente contra el procesado, en función de inconscientes dinámicas intuitivas. Vid. NIEVA FENOLL Jordi, “La razón de ser de la presunción de inocencia”, en *In Dret, Revista para el Análisis del Derecho*, núm 1, 2016, págs. 6 y sigs.

¹²⁹ En extenso esta hipótesis en RIFKIN, Jeremy, *The Empathic Civilization: The Race to Global Consciousness in a World in Crisis*, Nueva York 2009.

evidencia una horma selectiva y personalista. Así, los sufrimientos anónimos y distantes activan menos la indignación justiciera que otras victimizaciones. La victimización de una persona accesible y cercana, puede procesarse como injusticia mucho más aguda que lo que esta misma persona sufra desdibujada entre cientos de refugiados o como distante víctima de genocidio o terrorismo.¹³⁰

Esta deriva ha sido aludida como *efecto víctima identificable*, o preferencia por desvalorar más gravemente conductas que determinan víctimas individualizables, nominadas, no fungibles visualmente, junto a la mayor insensibilidad suscitada ante la victimización difusa, anónima o colectiva (en el sentido que comporta una frase atribuida a Stalin: *una muerte es una tragedia: un millón de muertes, estadística*)¹³¹.

Se ha descrito, en sentido igualmente sesgado, la tendencia a identificar como víctimas de abuso injusto a sujetos que experimentan simplemente un daño o menoscabo. Detectado daño, el inconsciente intuitivo se orienta a remodelar la secuencia rastreando una víctima de injusticia (más allá de que, por ejemplo, el afectado hubiera asumido ese daño de modo consensual)¹³². Correlativamente, también se ha verificado una tendencia a identificar daño allí donde hay desviación moral de modo que, cuando se percibe inmoralidad, de nuevo la secuencia causal se “completa” con la configuración de un necesaria victimidad o un forzoso victimario¹³³. El fenómeno de colmación victimológica y obcecación moralista¹³⁴ flanquea, así, las complejas relaciones históricas entre moral y Derecho, afectando aún a muchos sistemas penales contemporáneos, que consagran la criminalización de la homosexualidad o la ruptura de tabús sexuales¹³⁵.

¹³⁰ Así, esta dinámica intuitiva se ha puesto en relación con la tibia respuesta internacional ante los genocidios o desplazamientos, *vid.* SLOVIC, Paul “*If I look at the mass I will never act: Psychic numbing and genocide*”, *Judgment and Decision Making* 2 2007, págs. 91 y sigs.

¹³¹ *Vid.* JENNI, Karen y LOEWENSTEIN, George “Explaining the identifiable victim effect”, *Journal of Risk and Uncertainty*, vol. 14, núm 3, 1997, págs. 235-257; SMALL, Deborah A, LOEWENSTEIN, George “Helping a victim or helping the victim: Altruism and identifiability” en *Journal of Risk and Uncertainty*, 2003, vol. 26, núm 1, págs. 5-16.

¹³² La idea de *delito sin víctima* es contra-intuitiva: el efecto *víctimo-integración* se evidencia de modo pertinaz, en la investigación empírica, ante fenómenos como el suicidio, el consumo de droga o la prostitución, y explica la antiquísima veteranía de estos delitos DESCIOLO, Peter y GILBERT, Sarah S. KURZBAN, Robert. “Indelible victims and persistent punishers in moral cognition”, *Psychological Inquiry*, vol. 23, núm 2, 2012, págs. 146-47

¹³³ GRAY, K., SCHEIN, C., WARD, A. F. “The myth of harmless wrongs in moral cognition: Automatic dyadic completion from sin to suffering” en *Journal of Experimental Psychology: General*, núm 143, 2014, págs.1600-1615.

¹³⁴ El *moral dumbfounding* es un fenómeno de tozudez o bloqueo cognitivo que se produce cuando la alerta socio-moral se impone a cualquier reflexión o razonamiento utilitario. Ampliamente, sobre ello, ROYZMAN, Edward B; KIM, Kwanwoo y LEEMAN, Robert F, “The curious tale of Julie and Mark: Unraveling the moral dumbfounding effect”, *Judgment and Decision Making* vol. 10, núm 4, 2015, págs. 296-313.

¹³⁵ En este sentido, las intuiciones se desentienden de la delicada urdimbre dogmática que discierne entre lesión penal e inmoralidad normativamente no reprochable. Ampliamente, sobre estas debate, *Vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando, “La criminalización de conductas *ofensivas*; a propósito del debate anglosajón sobre los *límites morales*”, *Revista Electrónica de Derecho penal y Criminología*, núm 23, 2015, págs. 20 y sigs. El vehemente valedor de Robinson en España, y de su tesis punitivo-intuicionista, propone, en este caso, un

Se registran también sesgos víctima-imputativos, que revierten sobre la víctima la competencia por haber propiciado sobre sí misma el daño, y hacen a ésta objeto de rechazo social¹³⁶. Esta inercia, en su día el motor que activó una histórica denuncia victimológica, en el siglo XX, no deja de dejar su impronta en el ejercicio ocasional de de una errada imputación penal a la víctima¹³⁷.

-Sesgo *parroquialista* o de pertenencia grupal. Igualmente, se observa que, por cuanto las intuiciones comprenden una persuasión al ejercicio punitivo personal o por sujetos del entorno próximo, estemos diseñados para sentir una más intensa injusticia a cuenta de lo que atañe a la familia, a los amigos, convecinos o grupo relacional próximo¹³⁸. En este sentido, se habla de un sesgo que discrimina la pertenencia al grupo¹³⁹.

-Sesgo en favor de bienes ligados a la supervivencia ancestral. Tampoco los sentimientos punitivos se activan igual cuando las pérdidas afectan a bienes con valor adaptativo en el contexto ancestral (bienes nucleares) que cuando afectan a bienes “artificiales”, como la propiedad intelectual o el fisco, cuyos perjuicios no podían haber sido sentido en el *Ambiente de Adaptación Evolucionaria*. (AAE). Así, un hurto puede despertar percepciones de abuso más intensas que la piratería musical, si bien ésta es susceptible de causar un daño económico socialmente masivo. En efecto, la injusticia propia del delito contra la propiedad intelectual estaría fuera del radio de *lo injusto natural*, y no estimularía los mismos circuitos neurológicos de lo pro-social¹⁴⁰

-Sesgos sobre la acción. Se han apreciado derivas evaluativas sesgadas en relación con las formas y direcciones de la acción, muy en particular, el llamado *prejuicio omisivo*, a partir del cual se desvalora más intensamente la acción que la omisión¹⁴¹. La inexistencia del inequívoco vínculo causal podría estar en la base de

metódico “árbol de decisión para criminalizar conductas ofensivas”. *Vid.* MIRO LLINARES, Fernando, *o.u.c* pág. 20 y sigs. Sin embargo, las intuiciones justicieras se complican menos y sortean bonitamente ese árbol, u otro diseño técnico que interfiera su predilección empecinada por refundir daño injusto e inmoralidad.

¹³⁶ Sesgo de justicia anti-victimológico señeramente estudiado por Lerner, desde la Psicología social, LERNER, Melvin J. *The Belief in a Just World. A fundamental delusion*, Nueva York 1980.

¹³⁷ *Vid.* GIMBERNART ORDEIG, Enrique “Imputación objetiva y conducta de la víctima”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 2005, vol. 58, no 3, págs. 733-806. Ampliamente, sobre esta posible inercia en GÓMEZ RIVERO, María del Carmen “Víctimas culpables. ¿Victimodogmática, Dogmática penal o intuición?” *Cuadernos de Política criminal*, 2014, núm113, págs. 105-158.

¹³⁸ *Vid.* PETERSEN, Michael B, *et al.* *Evolutionary Psychology and Criminal Justice: A Recalibrational Theory of Punishment and Reconciliation en Human morality and sociality: Evolutionary and comparative perspectives ed.* H. Høgh-Olesen ed, Hampshire Nueva York 2010, pag. 91

¹³⁹ HEIN, Grit, SILANI, Giorgia, PREUSCHOFF, Kerstin, BATSON, C. Daniel y SINGER, Tania “Neural responses to ingroup and outgroup members' suffering predict individual differences in costly helping”, *Neuron* vol. 68 núm 1, 2010 págs. 149-160.

¹⁴⁰ Ampliamente, *vid* GOODENOUGH Oliver R. y DECKER Gregory J. “Why do Good People Steal Intellectual Property?” en *Law, Mind and Brain, 2009 Berkman Center Research Publication núm 2008-2* <http://cyber.law.harvard.edu/publications> págs. 13 y sigs

¹⁴¹ Prejuicio detectado por primera vez ante la sorprendente preferencia popular por omitir la vacunación incluso a la vista de la amenaza de sufrir patologías. *Vid.* RITOV, Ilana BARON, Jonathan, “Reluctance to

una menor atención al desvalor y gravedad de ciertas omisiones¹⁴². Por su inmaterialidad, la omisión propiciaría gran disenso valorativo, de ahí que, según se conjetura, en el *Ambiente de Adaptación Evolucionaria* AAE, pasar por alto buena parte de las manifestaciones omisivas fuera un mal preferible al de porfiar en una punición poco consensuada o y de difícil refrendo colectivo, generadora de sus propias tensiones y altercados¹⁴³.

Las acciones de contacto con la víctima u oposición de fuerza son desvaloradas más intensamente que las agresiones donde el victimario no toca a la víctima, sesgo muy probablemente explicable por cuanto el contacto ponía en evidencia, ante los candidatos a la punición, una intención agresiva inequívoca, y movilizaba la punición.¹⁴⁴

Ni mucho menos todo el bagaje intuitivo conduce a cálculos sistemáticamente desadaptativos y hay que conceder la efectividad de un margen donde las intuiciones conducen de forma simple y clarividente a las mismas soluciones a las que un lento juicio racional llega. Pero, también, es verosímil que las inercias intuitivas estén bloqueando ciertos virajes adaptativos del Derecho penal. Así, las indelebles dificultades para articular jurídicamente la omisión o para aceptar otras posiciones de garantía, fuera de las legales (*favoritismo omisivo*), la persistencia penal del *versari in re ilícita* (sesgos causalistas) las oscilaciones legales y debilidad del principio de *justicia universal* (efecto *víctima identificada*, *parroquialismo*) o la persistencia de categorías de *delitos de propia mano* (sesgo de contacto)¹⁴⁵.

VI. Utilidad del merecimiento empírico

Las intuiciones de justicia, y con ella, toda esta carga de prejuicios estimativos, se activan espontáneamente, revestidas de una poderosa sensación cognitiva de certeza o plena adecuación. Ello se debe a que las intuiciones fueron seleccionadas

vaccinate: Omission bias and ambiguity”, *Journal of Behavioral Decision Making*, vol. 3, núm 4, 1990, págs. 263-277.

¹⁴² El *favorecimiento omisivo* viene presidido por poderosos procesos automáticos, sólo contestables a partir de un concentrado ejercicio de consciente control cognitivo. Sobre ello, *vid.* CUSHMAN, Fiery, MURRAY, Dylan, GORDON-MCKEON, Shauna, WHARTON, Sophie, GREENE, Joshua. D. “Judgment before principle: engagement of the frontoparietal control network in condemning harms of omission”, *Social cognitive and affective neuroscience*, vol 7 núm 8, 2012, págs 888-895.

¹⁴³ *Vid.* DESCIOLO, Peter, BRUENING, Rebeck; KURZBAN, Robert. “The omission effect in moral cognition: Toward a functional explanation” *Evolution and Human Behavior*, 2011, vol. 32, núm 3, págs. 204-215

¹⁴⁴ Sobre ello, *vid.* GREENE, Joshua. D., Cushman, Fiery A., STEWART, Lisa E., LOWENBERG, Kelly, NYSTROM, Leigh E, COHEN, Jonathan D. “Pushing moral buttons: The interaction between personal force and intention in moral judgment”, *Cognition*, vol. 111, num 3. 2009 págs. 364-371.

¹⁴⁵ Afirmará Roxin que *la tozudez con la que se han reafirmado los delitos de propia mano a pesar de su insuficiente fundamentación teórica, habla en favor de que hay algo correcto subyacente.* *Cit.* ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*, Madrid-Barcelona, 1998, pág. 443.

para movilizar fuertemente, apasionadamente, al mayor número personas a favor de una acción punitiva arriesgada.

Un Derecho penal máximamente acorde con las intuiciones puede generar, en efecto, una animosa sensación de certeza, confirmando, casi en forma auto-suficiente, al ciudadano que lo que se siente es lo que procede, lo necesario. Pero tan grato y animoso sentimiento difícilmente garantiza una utilidad punitiva, por el hecho de sentirse.¹⁴⁶ No tendría fundamento adaptativo alguno la sección natural de una preferencia psíquica con el sólo objetivo de que dicha preferencia fuera satisfecha. De este modo, se afirma, lograr ese estado de complacencia o sintonía no es la utilidad que persigue la punición, y *no resuelve la cuestión fundamental, pues no explica por qué la evolución habría producido una psicología o sistema nervioso que mecánicamente incentivara (mediante recompensa) dichas respuestas*¹⁴⁷. Un alivio socio-moral, como fin que se agota en sí mismo, vendría a suponer un absurdo lógico, equivalente a mantener que beber agua tenga como objetivo calmar la sed, y no la hidratación corporal. En este sentido, un merecimiento dirigido a la gratificación moral como se ha dicho, con ironía, es pariente consanguíneo de aquel célebre argumento volteriano del *Dr Pangloss*, según el cual tenemos apéndices nasales *precisamente para poder llevar gafas*¹⁴⁸.

Es evidente, por ello, que Robinson, conocedor de las dinámicas adaptativas, quiere rastrear una utilidad que trascienda de la mera gratificación de unas intuiciones naturalistas, bien a pesar de conocer hasta qué punto éstas son incondicionales y no se orientan por las consecuencias¹⁴⁹.

En este sentido, aprecia dos fundamentales utilidades: la maxificación del acatamiento y la evitación del derrumbe del Derecho penal, en virtud del general conformismo.

VI.1. *La maxificación del acatamiento*

Según Posner, como vimos, el cumplimiento penal tiene valor de mérito civil compensable con *status*, y el desacato a la norma, supone un demérito que acarreará rechazo y estigmatización. Robinson acoge, de este planteamiento, la utilidad derivada del incremento de la estigmatización punitiva, que él augura viable, en

¹⁴⁶ Así, la pena produce la “erradicación del desánimo cooperativo”, si bien ello no puede ser el provecho útil en virtud del cual fue seleccionada la activación del fuerte sentimiento de desánimo cooperativo, a la vista de la infracción. Sobre este efecto, *vid.* RODRIGUEZ HORCAJO, David, *Comportamiento humano...op. cit.* págs. 244 y sigs.

¹⁴⁷ WEST Stuart A, EL MOUDEN, Claire, GARDNER, Andy, *o.u. c* pág 243.

¹⁴⁸ Extensamente, sobre esta crítica, GREENE, Joshua D. *o.u.c* págs 36-117.

¹⁴⁹ Los juegos económicos de partida única, marcadamente el del *ultimátum*, vienen evidenciando desde hace décadas hasta qué punto son incondicionales y anti-económicos las bases de la movilización punitiva. RODRIGUEZ HORCAJO, David *Comportamiento humano...op. cit.* págs.166-167.

virtud de un más unánime acatamiento del Derecho penal¹⁵⁰. En efecto, el rechazo social del infractor, por la pérdida de *status*, se intensificará cuanto el delincuente quede más singularizado por su conducta criminal, en el contexto de un extendido y regular respeto normativo, lo que ocurrirá cuando exista ese un acatamiento, sin fisuras, compacto y general¹⁵¹.

Resulta no poco cuestionable explotar un efecto de disuasión indirecta por el estigma, que el Estado de Derecho no asume y que la Criminología cuestiona como válido o eficaz mecanismo de control¹⁵². En todo caso, cabe preguntarse si la sintonía moral entre Derecho penal e intuiciones populares produce, de suyo, ese máximo acatamiento que aguza las utilidades preventivas ligadas a la estigmatización.

Ciertamente, la legitimidad percibida de la norma por los ciudadanos ejerce un efecto protector valioso¹⁵³, si bien resulta menos admisible que la única forma de que los ciudadanos reconozcan la legitimidad de una norma sea por la vía de la comunión intuitiva, en desmedro de las posibilidades de aprendizaje social y el acceso informativo que podría acercar al ciudadano a las razones jurídicas no intuitivas.

En todo caso, parece que las intuiciones morales, formalizadas o no en una norma legal, ayudarían más a desaprobar los abusos ajenos antes que a la inhibición del propio abuso. Si seguimos el razonamiento de Desciulli y Kurzban, las intuiciones de justicia se seleccionaron en función de necesidades de coordinar condena-punición, no para maxificar el propio conformismo¹⁵⁴. Por eso, la ilegitimidad de la propia acción, percibida por su potencial agente, comporta una protección normativa endeble.

En efecto, actuar en oposición a lo se percibe legítimo es un expediente común, allanado por la enorme plasticidad del universo simbólico humano, que abre paso expedito a la hipocresía moral. Dicho de otra manera, esos “esfuerzos por parecer moral”, que pueden conducir al acatamiento, son altamente vulnerables a la nivela-

¹⁵⁰ La explotación del potencial estigmatizador es, en efecto, coherente con los postulados de Robinson: cuando todos acatan la norma, el potencial disuasorio indirecto de la pena aumenta, precisamente porque la pena expone a un insólito infractor al rechazo social. No en la disuasión indirecta, sino con objetivos de prevención general positiva, Jacobs, advierte que *la pena marginaliza el significado del hecho delictivo*. Cit. JAKOBS, Gunther, “Sobre la Teoría de la pena”, trad. Cancio Melia, *Cuadernos de Conferencias y artículos* núm 16, Colombia 1998, pág. 21.

¹⁵¹ En efecto, entre la intensidad de la estigmatización social y los niveles de conformidad existe una probada relación bi-direccional o retroalimentada Vid. MIRÓ LLINARES *La función...op. cit.* pág.22

¹⁵² Por lo demás, una nutrida literatura penal y criminológica pone sobradamente en cuestión el potencial ventajoso de la estigmatización, como expediente de control, y viene cuestionando desde hace más de dos décadas, de forma expeditiva, la proyección estigmatizadora del Derecho penal. Vid. HERRERA MORENO, Myriam, *Publicidad y Control penal*, Colombia, 2002.

¹⁵³ No es dudoso, y un buen repertorio de investigaciones así lo acredita, que la legitimidad socialmente percibida de la norma tiene peso específico en el acatamiento penal Vid. MIRÓ LLINARES, *La función...pág. 23 y sigs.*

¹⁵⁴ DESCIOULLI, Peter, y KURZBAN, Robert “Mysteries of morality”, *Cognition*, vol. 112, núm 2, 2009, págs. 281-299.

ción subjetiva de inconsistencias por vía de manipulación cognitiva. Por medio de técnicas simples, bonitos escamoteos de la consciencia a través de versátiles estrategias mentales, la aptitud humana para el auto-engaño podrá sostener al infractor, a la vista de propia ilicitud.

La vulnerabilidad del respeto normativo al *desenganche moral* fue famosamente descrito por Bandura¹⁵⁵. Éste identifica los regulares procedimientos por los que las personas saben violar las mismas normas que aprueban, desfigurando en el plano simbólico las razones objetivas de la propia actuación. En Criminología, desde la *Teoría de la deriva*, Sykes y Mazda delimitaron un célebre repertorio de *técnicas de racionalización*, procedimientos para barrenar manipulativamente los frenos morales procedentes de la internalización normativa¹⁵⁶. Dado el extendido uso de las neutralizaciones, cabe inferir que a un sector significativo de la criminalidad no le frenará la comunión socio-moral con el Derecho penal a la hora de decidirse a violar la norma.

VI.2. *Lo inexorable de la dictadura intuitiva*

Algunos expertos han puesto a prueba la validez de los experimentos sobre los que Robinson asienta la premisa de que la gratificación normativa de las intuiciones populares propiciaría acatamiento masivo. En todo caso, los experimentos de estos opositores prueban, por su parte, que los posibles efectos de una insatisfacción con la norma no son duraderos y raramente conducen al incumplimiento normativo; que el incumplimiento derivado de un régimen penal desviado del merecimiento empírico (naturalista) no es superior a los incumplimientos que puede prevenir ese régimen¹⁵⁷. Y que, si es cierto que los discursos consecuencialistas sirven a veces de excusa política para gestiones espurias, el discurso de la justicia de la calle y el *merecimiento* popular podía, mucho más que ningún otro, torcer el sentido de la verdadera democracia¹⁵⁸.

En definitiva, según estos opositores, solo una desviación de criterios de justicia intuitiva mayúscula, pública y sostenida en el tiempo, podía acarrear consecuencias tangibles de general desacato¹⁵⁹. Y en este caso, acaso la razón de este colapso sea más atribuible a otras razones (ineficiencia gestora, tiranía y arbitrariedad estatal) que al hecho mismo de la desviación respecto de las estimaciones socio-morales colectivas.

¹⁵⁵ BANDURA, Albert, "Moral disengagement in the perpetration of inhumanities", *Personality and social psychology review*, vol. 3, núm 3, 1999, págs. 193-209.

¹⁵⁶ SYKES, Gresham M. y MAZDA, David, "Techniques of neutralization: A theory of delinquency", *American Sociological Review*, 1957, vol. 22, núm 6, págs. 664-670.

¹⁵⁷ SLOBOGIN, C., BRINKLEY-RUBINSTEIN, L o.u.c pág. 121

¹⁵⁸ SLOBOGIN, C., BRINKLEY-RUBINSTEIN, L o.u.c pág. 122.

¹⁵⁹ Ampliamente, profundizando en ello *vid.* SLOBOGIN, Christopher. Empirical Desert and Preventive Justice, *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal*, vol. 17, núm 2, 2014, págs. 376-403.

Pero ello no es aval para un culto penal de “inexorables” dictados intuitivo-punitivos. En realidad, habría que cuestionar, ante todo, la propia idea de una *dictadura de las intuiciones* como supuesto régimen necesario a la supervivencia penal. Es preciso aludir, así, a las estimaciones intuitivas menos como productos fijos que como soluciones valorativas fluctuantes, altamente dependientes del contexto¹⁶⁰. Slobogin *et al.* observan, por ejemplo, que, en los escenarios planteados por Robinson, los jurados *legos* debía valorar la imposición de penas desmedidas y draconianas o absurdamente benévolas frente a los casos escogidos, lo que explicaría la sintonía u homogeneidad decisoria.¹⁶¹

La plasticidad cognitiva en los seres humanos, atenta a las oscilaciones del sistema social, explica la frecuente variabilidad de las evaluaciones de justicia, apreciable en el tiempo y en el espacio.¹⁶² Solo hay un consenso notable cuando se recrean en un laboratorio condiciones ambientales neutras, muy característicamente, en relación con los abusos nucleares¹⁶³; en esos casos, se está induciendo a un ficto regreso cognitivo al ambiente evolucionario que un día todos compartimos. Pero estas premisas no avalan la necesidad de replanteo intuitivo del Derecho penal, ya que, en las condiciones de laboratorio evocadas,¹⁶⁴ no está presente la complejidad de un mundo global de interacciones anónimas y masivas, perturbado por sus específicos riesgos y amenazas¹⁶⁵.

¹⁶⁰ Así, por ejemplo, en los grupos conservadores se registran intuiciones de justicia diferenciadas respecto de las que evidencian los liberales o progresistas. *Vid.* HAIDT, Jonathan y GRAHAM, Jesse. “When morality opposes justice: Conservatives have moral intuitions that liberals may not recognize”, *Social Justice Research*, vol. 20, núm 1, 2007, págs. 98-116.

¹⁶¹ Así, penas de 55 años de prisión, a cuenta de relaciones consentidas entre sujeto de 19 años, con error sobre alcance de edad de su pareja, de 16 años; en el otro extremo, impunidad de un asesino en serie por ser hijo de un diplomático, SLOBOGIN, C., BRINKLEY-RUBINSTEIN, L. “Putting desert in its place”. *Stanford Law Review*, vol. 65, núm. 77. 2013, págs. 100-101.

¹⁶² Sobre la variabilidad que registran las intuiciones: *Diferentes grupos humanos explotan diferentes hábitats, se enfrentan a nuevos conflictos y crean nuevas normas para manejar tales situaciones. Ya que las fuentes de conflicto varían entre culturas, debe esperarse que también difieran las normas sociales.* *Cit.* DESCIOLO, Peter, KURZBAN, Robert, “A Solution to the Mysteries of Morality”, *op. cit.* pág. 9. *Vid.* BARRETT, Louise, DUNBAR, Robin y LYCETT, John, *Human Evolutionary Psychology*, Nueva Jersey, 2002, págs. 2 y sigs. BANG PETERSEN, Michael, SELL, Aaron, TOOBY, John, COSMIDES, Leda, *Evolutionary Psychology and Criminal Justice: A Recalibrational Theory of Punishment and Reconciliation, Human Morality and Sociality. Evolutionary and Comparative Perspectives*, Nueva York, 2010, págs. 72-131

¹⁶³ Desde el análisis evolucionista comparado, Mikhail analiza un total de 205 sistemas penales codificados; su estudio identifica concordancias muy marcadas, en especial en lo referente a la prohibición de homicidio y la justificación por defensa legítima. MIKHAIL, John “Is the Prohibition of Homicide Universal-Evidence from Comparative Criminal Law”, *Brooklyn Law Review*, vol. 75, 2009 pág. 504.

¹⁶⁴ Miró Llinares admite ciertamente que las condiciones de laboratorio no son correlatos de las exteriores, ni los resultados experimentales directamente extrapolables. *Vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando “La función de la pena...” not. 111 pág. 28.

¹⁶⁵ De ahí que estos experimentos, se dice, puedan servir como una interesante ilustración cualitativa de las preferencias sociales, sin que, por el contrario, permitan basar sobre ellos leyes universales o tendencias de significación estadística. En este sentido, *vid.* EVITT, Steven D., LIST, John A. “What do laboratory experiments measuring social preferences reveal about the real world?”, *The Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, núm 2, 2007, págs. 153-174.

No es solo que las estimaciones derivadas de estos grupos experimentales no sean extrapolables o representativas¹⁶⁶, sino que el consenso valorativo se pierde, como se observa, cuando se adentra en el escenario información contemporánea susceptible de ser procesada¹⁶⁷. Para llegar a la convergencia valorativa, habría que eliminar del laboratorio estímulos informativos significativos y reducir a lo elemental el repertorio de aspectos sobre los que se indaga. Pobre política criminal, la que se apoyara en semejante recorte de elementos de juicio.

No convence, por ello, la idea de unas demandas intuitivas tan inexorablemente necesitadas de satisfacción, ni el entendimiento de las *intuiciones legas* como portavoces de tan “democrática” unanimidad”. Desde las ciencias experimentales, Fehr y Fischbacher no creen, desde luego, que se haya profundizado lo suficiente en los mecanismos intuitivos como para fundamentar empíricamente asunciones radicales sobre tan irreductible influjo emotivo-punitivo. Cabe citar, a este propósito, un curioso experimento en el que los participantes se dejan *arrastrar* por sus preferencias emotivas solamente cuando dominarlas reporta resultados indiferentes, pero gestionan a conveniencia ese *arrastre* de sentimientos y emociones –en el caso experimental, de asco y repulsión- cuando los incentivos para hacerlo son adecuados.¹⁶⁸

Por más que la arquitectura cognitiva ponga “color natural”¹⁶⁹ a las predilecciones humanas, las personas están capacitadas para asimilar, por vía de aprendizaje social, incluso configuraciones contra-intuitivas, si reciben una cabal información. Así, la asumida idoneidad de la servidumbre penal a las intuiciones, por la mera razón de su existencia, es tanto como caer en una *falacia naturalista*¹⁷⁰. Desde una vertiente penal, Ferrajolli ya había combatido vehementemente los argumentos kantianos absolutos, blandiendo un implacable argumentario en contra de la *falacia naturalista*, por él reputada de flagrante vicio metodológico. Sin duda, y con mayor razón, sus argumentos son hoy transferibles al esquema del “nuevo” Derecho intuitivo. Describir lo natural y existente es algo distinto a la justificación externa trascendente de los estrictos atributos descritos.¹⁷¹

¹⁶⁶ Vid. ROBERTS, Julian V. y De KEIJSER, Jan W. *o.u. c* pág. 492-491.

¹⁶⁷ Por ejemplo, referidos a características del infractor y su aptitud para la reinserción, datos, según se ha observado, no se ofrecen en los escenarios de Robinson. Vid SLOBOGIN, Christopher, *o.u.c* pág. 386.

¹⁶⁸ Vid. FEHR Ernst y HENRICH Joseph “Is Strong Reciprocity a Maladaptation? On the Evolutionary Foundations of Human Altruism”, *IZA Discussion Paper* núm. 712, 2003, págs. 10-11

¹⁶⁹ FEHR Ernst y HENRICH Joseph *o.u.c* pág. 11

¹⁷⁰ Vid. CLARK, Thomas W. “Are We Obligated to Our Instincts?. An exchange on *The Biological Roots of Punishment*, by Morris B. Hoffman and Timothy H. Goldsmith” en <http://www.naturalism.org/criminal.htm>

¹⁷¹ FERRAJOLLI, Luigi, “*Derecho penal mínimo*”, *Poder y Control* núm. 10, Barcelona 1986, págs. 25-48.

VII. Confusiones básicas sobre utilidades punitivas

A modo de conclusión, cabe valorar cómo resulta disfuncional regresar la pena hasta ponerla a servir funciones válidas para contextos extintos.

El seguimiento de los atajos intuitivos de justicia, en su espontaneidad, fue adecuado y útil *alguna vez*. En tiempos remotos y ancestrales, debió existir, en efecto, una utilidad estrechamente ligada a la cognición, pero distinta de ella. Así, solo en un tempranísimo contexto primigenio, atender las pulsiones intuitivas pudo rendir beneficios, en sentido neto y espontáneo (esto es, en aquellas coordenadas, la “sed punitivista” propiciaba las ventajas de “hidratación” social). Un conocido sector evolucionario sostiene que la punición, en sociedades de intercambio, tenía una función materialmente recalibradora, renivelando los potenciales de *fitness* alterados por el abuso¹⁷². Es casi un sarcasmo que la ley universal de Kant, su famosa máxima retributivo-igualadora fuera adecuada, de un modo sorprendente y específico, para aplicarse a pequeños grupos de 150 personas (la *cifra de Dunbar*)¹⁷³, de genética estrechamente entrecruzada: “*Por tanto, cualquier daño inmerecido que ocasionas a otro en el pueblo, te lo haces a ti mismo. Si le injurias, te injurias a ti mismo; si le robas, te robas a ti mismo; si le pegas, te pegas a ti mismo; si le matas, te matas a ti mismo*”. En aquellas estrictas condiciones, atentar contra el bienestar de un pariente era biológicamente irracional porque, con ello en efecto, se perjudicaba el programa genético compartido; del mismo modo, cooperar con el sujeto emparentado era, al cabo, barrer para casa, contribuir a la genética común. Regla evolutiva, ésta, que Hamilton enunciara como “*aptitud inclusiva*”, y, que, entre otras cosas, explica el nepotismo humano¹⁷⁴. En ese momento evolucionario, lo que *era* (demanda intuitiva de justicia) convenía ser servido, pues su mera y selectiva existencia respondía a la utilidad. Solo en esas condiciones punitividad-punición alcanzaban equilibrio, y aquello que los miembros del grupo *sentían*, sus

¹⁷²Vid. PETERSEN, Michael. B., SELL, A., TOOBY, John., COSMIDES, Leda, “Evolutionary Psychology and Criminal Justice...” *op. cit.*, págs. 72 y sigs.

¹⁷³ En efecto, las intuiciones de justicia, y otras cogniciones socialmente adaptativas, se configuraron para servir a las necesidades humanas en contexto integrado por unas 150 personas, composición estimada del grupo humano-tipo. Esta cifra, el “número de Dunbar” fue famosamente calculada por Dunbar a partir del tamaño del neocórtex humano, y los alcances de su procesamiento. Vid. DUNBAR, Robin IM. “Neocortex size as a constraint on group size in primates.”, *Journal of Human Evolution*, vol. 22, núm 6, 1992, págs. 469-493.

¹⁷⁴ La regla de *aptitud inclusiva* (*inclusive fitness*) la cooperación con parientes produce ventajas biológicas recíprocas. En aras de esa ventaja, la naturaleza habría seleccionado en los seres humanos un rasgo de altruismo recíproco. Vid. HAMILTON William D. “The genetical evolution of social behaviour”, I, II, *Journal of Theoretical Biology*, 7, 1964, págs 1-53. El altruismo recíproco no solo es, así, fundamento remoto de la corrupción nepótica sino, podría serlo asimismo, de los principios igualitarios y de reciprocidad que fundamentan el Derecho y la Justicia.

espontáneas y férreas convicciones, les proyectaba de modo inconsciente, casi en volandas, hacia consecuencias ventajosas.¹⁷⁵

Pero, por cuanto aquellos pequeños grupos evolucionaron, propiamente a lo largo de la etapa de AAE, haciéndose densos y genéticamente heterogéneos, cabe concebir que ese equilibrio se alterara. Y que, ante aquellos cambios, las cogniciones de justicia habrían de ser gestionadas culturalmente, de un modo intenso, al punto en que las soluciones punitivas pudieran ajustarse a los nuevos contextos y alcanzar distintos equilibrios pro-sociales. La adaptación rápida y refinada de las respuestas humanas a las necesidades de un ecosistema cambiante y complejo es, en efecto, el eminentísimo rol evolucionario de la cultura¹⁷⁶.

Ese rol de afinación cultural, para Robinson, parece ocupar el asiento trasero del rol propio del *Ius puniendi*¹⁷⁷. Y sin embargo, una gestión culturalmente adaptativa debería ser expediente prioritario para superar la recurrente ceguera de las intuiciones¹⁷⁸. En Política criminal, esa gestión adaptativa es conocida como “orientación a consecuencias”. Construir un Derecho penal dirigido a fines útiles es algo distinto que construir un Derecho penal sobre estimaciones punitivas no orientadas, justicieras y sólo a la postre, extraer partido a su espontánea configuración. La diferencia es mucho más que de matiz. Según el diseño de Robinson, la concordancia entre Derecho penal e intuición de justicia, habrá de ser máxima, y sólo la desvia-

¹⁷⁵ Los miembros del grupo *sienten* de este modo siendo tal sentir correlato inconsciente de lo que es bueno para ellos, en términos biológicos. GOMEL Hendrik “*The Biological Essence of Law*”, *Ratio Iuris* vol 25, núm 1, 2005 pág.73.

¹⁷⁶ De acuerdo al evolucionario rol adaptativo de la cultura *Vid.* ALVARD, Michael S, “The adaptative nature of culture”, *Evolutionary Anthropology*, 12, pág. 145 sigs. FERNÁNDEZ, Atahualpa, “Law and Evolution: Human Nature and the Adaptative Function of Normative Behaviour”. SEAL, *Society of Evolutionary Analisis of Law web page*, pág. 6 publicado como “Derecho y Evolución: la naturaleza humana y la función adaptativa del comportamiento normativo”, *Nómadas. Revista crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 11, núm 1, Universidad de Madrid enero-junio 2005, págs.1-18.

¹⁷⁷ En este sentido, ante esta vuelta a la convencionalidad utilitaria tras el desafío naturalista, cabe dar la razón al irónico Rodríguez Horcajo. *Vid.* RODRÍGUEZ HORCAJO, Daniel, “Para este viaje, ¿hacen falta estas (empíricas) alforjas?”, *Indret*, núm 4. 2012, págs 6 y sigs.

¹⁷⁸ Podríamos ejemplificar esta necesidad a partir de un interesante experimento. Unos investigadores querían evidenciar que las agresiones sin contacto víctima-infractor (por ejemplo, a distancia, pulsando un botón letal) se estimaban menos abusivas que las que sí ofrecían ese contacto. Su hipótesis de trabajo era que, a falta de una acción física de enervación muscular ostensible, la intención abusiva se deducía peor, por lo que las prudentes intuiciones “elegían” activarse más débilmente en tales casos. Para probarlo, los investigadores crearon un mecanismo donde, junto a la pulsación mortal, el *asesino* pulsaba un “botón intencional” anexo, que venía a proclamar el indubitado carácter intencional de la acción lesiva. A partir de ese mecanismo, *las diferencias valorativas entre agresiones a distancia y agresiones de contacto se borran*. Es, pues el “botón artificial”, un aditamento cultural y racional, el que había conducido a estimaciones equitativas, superadoras de arcaísmos valorativos. La normativización penal, en más de un sentido, puede leerse como esfuerzo configurador de “pulsadores culturales”. Sobre ello, *Vid* GREENE, Joshua D. D., CUSHMAN, Fiery A., STEWART, Lisa. E., LOWENBERG, Kelly, NYSTROM, Leigh E., COHEN, Jonathan. D. “Pushing moral buttons: The interaction between personal force and intention in moral judgment” *Cognition*, vol. 111, núm. 3, 2009 págs. 364-371. Así, el Derecho penal no puede limitarse a acoger las estimaciones de justicia populares, sino, de suyo, habrá de realizar una labor técnica con la oferta de elementos normativos, “botones técnicos”, que conduzcan a soluciones más equitativas y socialmente provechosas, adaptadas a las nuevas necesidades.

ción normativa habrá de justificarse¹⁷⁹. Sin embargo, toda decisión penal debería ser justificada en términos de utilidad, pero muy en especial, *habría que verificar exhaustivamente la utilidad social en zonas de coincidencia entre el espontáneo juicio natural deontológico y el utilitario y racional*. Ello, por si tal coincidencia pudiera deberse al deslumbramiento intuitivo, y a una ofuscación moralista que hubiera sumido las decisiones legales racionales en ese mundo hondamente sentido, intensamente vivenciado, pero carente de actualidad. Pues el persuasivo influjo, casi magnetismo, de la verdad intuitiva, puede ser más poderoso que la convicción que proporcione una pragmática legión de verdades criminológicamente comprobadas.

En suma, si bien el planteamiento de Robinson se auto-define *consecuencialista*, más bien, ofrece el consuelo de una victoria pírrica: explotar las consecuencias útiles posibles, o secuelas de esa aplicación, ciega y no ajustada, de un instrumento valorativo *originado para servir a otro contexto*. Una victoria a tal coste, resulta demasiado gravosa. En el diseño de este autor, se aguarda, así, a que se decanten respuestas espontáneas, intuitivas, para luego sacar partido (adhesión, conformidad) al producto resultante. Se “mira hacia las consecuencias” (si ello es mirar a las consecuencias) haciendo pasar al Derecho por las horcas caudinas de los criterios intuitivos. Así, un Derecho penal no orientado habrá de aceptar lo intuitivo como un elemento de carga fija, del que apenas una desviación medrosa se antoja prudente.

Este diseño doctrinal coincide, en efecto, con la dinámica propia de la evolución natural: la naturaleza, conocidamente, no se orienta ni dirige a fines, sino dispersa ciegamente una panoplia de soluciones, y aquellas que tienen más éxito van siendo seleccionadas, en el pastoso decurso de los milenios. Pero la punición, no debe olvidarse, es un instrumento cultural, no biológico, aún alentado, sin duda desde una estable equipación cognitiva naturalista. La evolución cultural es, frente a la natural, una *fuerza dirigida*, orientada a fines, que no se limita a aprovechar un margen posible de beneficios, sino que va de frente en pos de esa utilidad, en el propio sentido *lamarquiano*, ampliándola, y aportando soluciones socialmente asimilables por vía de aprendizaje social¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Así: *Un sistema deberá desviarse de las nociones comunitarias de merecimiento y justicia sólo cuando, primero, la desviación alcance un objetivo que no puede ser obtenido conforme a recursos de justicia. Y, en segundo lugar, los beneficios preventivos de la desviación deberán compensar los costos inherentes a la devaluación de la legitimidad y credibilidad moral del sistema* Cit. BOWERS, Josh y ROBINSON, Paul, “Perceptions of Fairness and Justice: The Shared Aims & Occasional Conflicts of Legitimacy and Moral Credibility”, *Wake Forest Law Review*, vol. 47, 2012, pág. 283. Vid, en el mismo sentido, *Principios distributivos...op cit.* págs. 273-279

¹⁸⁰ Cavalli Sforza advierte, en efecto, que la cultura evoluciona al modo lamarquiano, esto es, de manera rápida, ágil y enderezada a fines, a partir de aprendizaje social. Esta agilidad y precisión de objetivos ha permitido que el cambio cultural se sobreponga a los lentos ritmos del naturalismo. Vid. CAVALLI SFORZA, *La evolución de la cultura*, Barcelona 2004, págs. 42-43.

VIII. ¿Hacia un Derecho penal naturalista?: *Despacito*

Los dos planteamientos aquí revisados abren un camino poco transitado cuyas posibilidades deben ser puestas a prueba por el investigación penal. Sin duda, la ilustración naturalista de la conformidad y la acción penal tienen a Posner o Robinson como innovadores exponentes. Muy en particular este último, es un verdadero pionero de la experimentación en materia penal, que con frecuencia ha compartido su investigación con psicólogos sociales, como Darley, o evolucionistas, como Kurzban. Un abordaje renovado sobre la justificación del Derecho penal puede agradecer la compenetración del discurso dogmático con los hallazgos de las ciencias naturales sobre cooperatividad/traición y el fundamento remoto de la punición humana¹⁸¹. Si bien falta mucho para llegar a una convincente vertebración, en tal sentido, no cabe sino dispensar una prudencial, pero muy sincera, admiración a los esfuerzos integradores de tesis tan originales como las que aquí hemos revisado.

Saludemos, pues, en este primer sentido, lo que el apasionante *análisis evolucionario de la ley* puede aportar a una nueva comprensión de los contenidos y dinámicas penales. La nueva información natural va hoy perfilando los contornos bio-sociales de lo injusto, y abre la espita de *una ácida controversia jurídica, que atañe, muy en especial, a la validez del moderno Derecho penal, a la pena y a su posible sentido -o sinsentido- social*¹⁸². Sin poder hablarse, en sentido alguno, de un imposible Derecho penal evolucionario, es necesario ponderar cómo compartimos necesidades supervivenciales con aquellos seres humanos, entre ellas, la de una coordinación cooperativa a través de normas.¹⁸³

Aunque el sistema normativo sea un instrumento cultural, no sometido a las reglas de la evolución biológica, se predica de las normas haber sido generadas sobre los fundamentos de la selección natural. Como plantea Damasio, *aún cuando las normas se transmitan por las rutas culturales del aprendizaje social, las representaciones neurales de la sabiduría que encarnan y de los medios de poner en práctica esta sabiduría se hallan inextricablemente ligados a la representación neural de procesos biológicos reguladores innatos*.¹⁸⁴ Sin duda, las normas penales no pueden concebirse ajenas a su fundamento bio-social último, que marcó la estabilidad de la arquitectura cognitiva humana, y hasta el normativismo más estricto hará bien en respetar cierta coherencia con estas remotas bases ontológicas.¹⁸⁵ Así, no es que

¹⁸¹ MIRÓ LLINARES, Fernando, “La función de la pena...”, *op. cit.* págs.6 y sigs.

¹⁸² *Vid.* GREENE, Joshua D, SOMMERVILLE, R. Brian, NYSTROM, Leigh E , DARLEY, Jonathan D. COHEN, John M. “An FMRI investigation of emotional engagement in moral judgment”, *Science*, 2001, vol. 293, núm 5537, págs. 2105-2108.

¹⁸³ GOMEL Hendrik “The Biological Essence of Law”, *Ratio Iuris* vol 25 núm 1, 2005, pág.60.

¹⁸⁴ *Cit.* DAMASIO, Antonio, *El error de Descartes. la razón, la emoción y el cerebro humano*, Barcelona 2010, pág. 151.

¹⁸⁵ Sobre ello, Demetrio Crespo, acertadamente se sorprende ante el parecer de quienes afirman la autosuficiencia de atribuciones penales de sentido más allá, incluso, de su progresiva desvinculación de todo presupuesto bio-social *Vid.* DEMETRIO CRESPO Eduardo “Libertad de voluntad, investigación sobre el

todas las intuiciones arrastren hoy un bagaje inservible, sino que hay que filtrar y revisar rigurosamente, técnicamente su utilidad para el Derecho. Sin ir más lejos, el sentimiento vivenciado de injusticia puede alzar a la sociedad, servir de alerta, obrar como un golpe moral de autoridad para promover la reflexión jurídica.

En segundo lugar, el enfoque hacia la expresividad y el sentido de los *signos* es otro de los positivos puntales de estos planteamientos, que saben sacar novedoso partido doctrinal de las posibilidades motivadoras de la comunicación penal, una de las vertientes más prometedoras¹⁸⁶. La idea de que la pena tiene una función comunicativa orientadora y expresiva sin embargo, resulta abordada más originalmente en las teorías funcionalistas, sobre la función confirmadora de la pena¹⁸⁷, que en las tesis de Posner o Robinson, quienes recurren al rol estigmatizador de la sanción penal, y a la disuasión por descrédito y marcación negativa, que éste puede propiciar.

Por último, no es denostable el fondo programático de teorías que abogan por una re-sintonía democrática del Derecho penal, evitando el autoritarismo y la tecnificación, que hacen ininteligible la norma a su destinatario. La conveniencia de un Derecho penal en el que los ciudadanos vean reflejadas sus convicciones está fuera de objeción. Díez Ripollés ha aludido a una fuerza de *racionalidad ética*,¹⁸⁸ con relevancia en el vigor de la norma, referida al conjunto de convicciones compartidas *susceptibles de trascender concretas culturas y civilizaciones*.

Parece adecuado que el Derecho penal integre al ser humano como criatura intuitiva, en especial a la hora de ponderar los daños victimales y sus necesidades de protección¹⁸⁹, sin que ello equivalga a un forzado *re-naturalizar* el Derecho penal. De aquellos grupos ancestrales, celosamente igualitarios, se ha originado hoy un desequilibrado y contradictorio super-organismo, la sociedad moderna¹⁹⁰. Que la principal conformación del Derecho penal pase por rutas naturalistas se antoja

cerebro y responsabilidad penal aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal” en *Revista digital de la maestría en Ciencias penales*, núm 7, 2015 págs. 25-26. En el mismo sentido, Castro Nogueira cuestiona las concepciones sociales cerradas, que presentan un mundo simbólico radicalmente artificial, sin un mínimo correlato o anclaje ontológico *vid.* CASTRO NOGUEIRA, Luis, “Contra el sociologismo: observaciones naturalistas a propósito de un ensayo de Juan Manuel Iranzo” en *RES. Revista Española de Sociología*, 2014, núm 22, 2014, pág. 101-114. Sin duda hay límites que implican la necesidad de considerar la imprescindible tutela de necesidades humanas básicas en el medio social, sin que, para alcanzarla sea de rigor un necesario diseño naturalista.

¹⁸⁶ Miro Llinares es, en efecto, un entusiasta valedor de esta línea doctrinal, de la que, no sin razón, enfatiza su originalidad y el esfuerzo por integrar Derecho y Biología. *Vid.* MIRÓ LLINARES, Fernando, “La función de la pena...”, *op. cit.* págs.10 y sigs.

¹⁸⁷ Sobre ellas, ampliamente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *La retribución comunicativa como teoría constructivista de la pena: ¿El dolor penal como constructo comunicativo?*, *InDret*, núm 2. 2008, págs. 1-31.

¹⁸⁸ Si bien este autor en ningún sentido parece que tenga en mente alguna forma de eticidad forzosamente intuitiva, sino sistema misceláneo de creencias basadas en distintas fuentes de arraigo *Vid.* DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, 2003, ed. 2013, págs. 111 y sigs.

¹⁸⁹ Así, el criterio intuitivo puede ayudar a entender por qué la violación goza de esa intensa capacidad de conmovición victimal, o por qué es importante para los parientes de las víctimas dar despedida a sus restos.

¹⁹⁰ *Vid.* RICHERSON Peter J y BOYD, Robert, “Complex Societies. The evolutionary origins of a crude superorganism”, *Human Nature*, vol. 10, núm 3, 1998 págs 253-289.

ciertamente inaceptable¹⁹¹. A lo largo de la historia moderna, el Derecho penal se ha apartado sobradamente de dictados intuitivos, sin que quepa, por cierto, llorar sobre esos desvíos. Esa expansión de los *círculos de progreso ético*, que aprecia la filosofía evolucionaria¹⁹², hace tiempo ya que propició un Sistema penal que no aplica penas a animales, reconoce la inimputabilidad del trastornado mental, renuncia a una imputación causalista y al Derecho penal de autor, avanza en la tipificación de injusticias que atañen a bienes sin arraigo naturalista, pero socialmente valiosos y, a trompicones, progresa hacia una contra-intuitiva articulación de la responsabilidad penal de personas no físicas.¹⁹³ Los horizontes de esta evolución cultural tienen que ver con la realización del postulado normativo de efectiva tutela penal de bienes jurídicos, sin especial agitación de supuestas inevitabilidades naturalistas.¹⁹⁴ Sin duda, la cultura jurídica ni muchos menos precisa ir, tendencialmente, a contra-sentido de las intuiciones cívicas, pero, como bien se ha dicho, *debe ser lo suficientemente autónoma para no sólo contradecir, sino, igualmente, imponerse a tal sistema de creencias popular, cuando éste fuera considerado incorrecto por los profesionales del Derecho o de la filosofía jurídica.*¹⁹⁵

No es de extrañar que se haya recomendado a este *naturalismo punitivo* lúcidas dosis de garantías y realismo¹⁹⁶ para superar esta suerte de *nostalgia de los bosques*¹⁹⁷. De un lado, el estricto régimen bio-político al que aboca el populismo

¹⁹¹ Desde los postulados de la Escuela de Frankfurt y del *Derecho penal mínimo*, se reveló un similar prurito simplificador, un minimalismo nostálgico, donde los intereses colectivos y supraindividuales se arrojaban del espectro objetivo del “Derecho penal nuclear”, en aras de recuperar la ansiada intervención mínima y fragmentaria. HASSEMER, Winfried, Perspectivas del Derecho penal futuro, en *Revista penal*, Año 1, núm 1, 1998, págs.37-41; FERRAJOLLI, *Derecho y Razón, Teoría del Garantismo penal*, Madrid 1995. Sobre el imposible reduccionismo *vid.* GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, *Introducción al Derecho penal*, Madrid 2006, págs 206-2007.

¹⁹² De acuerdo a la tesis de ética evolucionaria, conforme a la cual cultura y civilización se van expandiendo en *círculos de progreso ético* *Vid.* SINGER, Peter. *The expanding circle: Ethics, evolution, and moral progress*, Nueva Jersey 2011.

¹⁹³ Se ha observado que la valoración de lo injusto corporativo *determina una esencial disonancia en el sistema cognitivo humano* *Cit.* HOFFMAN, Morris B. *The Punisher's Brain: The Evolution of Judge and Jury*. Cambridge, 2014, págs303 y sigs. La desaprobación de entes jurídicos, a efectos punitivos, resulta enormemente contra-intuitiva, ya que el primigenio sentimiento desaprobatorio intuitivo se direccionaba, convencionalmente contra el autor físico de un abuso. En esencia, era un mecanismo anti-infractor. *Vid.* PRICE, Michael E y COSMIDES, Leda, TOOBY, John “Punitive sentiment as an anti-free rider psychological device” en *Evolution and Human Behavior*, vol. 23, núm 3, 2002, págs.203-231. La Dogmática ha operado mediante analogías o equivalentes funcionales, paralelas a categorías de la responsabilidad de personas físicas, con resultados hasta la fecha nada alentadores. Sobre ello, con especial vehemencia *vid.* GRACIA MARTÍN, Luis “Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica” en *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, 2016 págs. 12 y sigs.

¹⁹⁴ En tal sentido, *Lo normativo ha de relacionarse con lo fáctico, no en una relación lógica, sino causal: nuestro ser real es causa de nuestros valores y en él han de desplegar su efecto nuestras normas.* *Cit.* MIR PUIG, Santiago o.u.c. pág. 44.

¹⁹⁵ *Cit.* DÍAZ RIPOLLÉS, José Luis, *La racionalidad...op. cit.* pág. 116

¹⁹⁶ En este sentido *Vid.* BRAMAN, Donald, KAHAN, Dan M., HOFFMAN, David, “Some Realism about Punishment Naturalism”, *The University of Chicago Law Review*, 2010 págs.1603 y sigs.

¹⁹⁷ El populismo punitivo ha sido definido como forma de tribalismo. En su formato convencional, el *Ius puniendi*, manipula a la tribu erradicando todo enfrentamiento de intereses. RAMIREZ NARDIZ, Alfredo,

naturalista, por su carácter unidimensional, rompe con el pluralismo de perspectivas que debiera caracterizar a la Política criminal¹⁹⁸. En efecto, este *revivalismo*, bienintencionado pretende arrebatarse a las élites políticas el Derecho penal, para procurar que lo antijurídico sea identificado de modo compacto, entusiasta e inmediato, atendiendo a una lapidaria estimación popular¹⁹⁹. Pero, como bien se ha destacado, el respeto a las garantías individuales y a los principios penales constituye un límite irrenunciable²⁰⁰, que requiere rutas más sofisticadas de divergencia y controversia valorativa. En tal sentido, una abrumadora y unificada estimación lega puede ser mucho menos sensible a las plurales necesidades contemporáneas que las valoraciones profesionales.

De este modo, y por último, la Política criminal más avisada hará bien en precaverse frente las nuevas irisaciones punitivas que, bajo ciertas premisas doctrinales, puede adquirir el *Ius puniendi*, al pasear su plumaje pro-social. Un especial riesgo deriva de su ausencia de fundamentación, su base irracional, su poderosa capacidad para auto-ungirse como verdad. Nada menos confiable que la emigración de los modernos principios limitadores del *Ius puniendi* a favor de una suerte de asamblea intuitiva, donde *votan* las emociones²⁰¹. Si se aspira a construir un Derecho penal verdaderamente pro-social, hay que garantizar la expresión normativa con inversiones racionales, esfuerzos legislativos cosotosos, más allá de retóricas que activan respuestas populistas gratas al “altruista” *signador* institucional.

Así las cosas, antes de suministrar coartadas naturalistas al *pavoneo* legislativo, toda precaución es poca... *despacito*.

La belleza de los monstruos. Acerca de qué es el populismo y por qué hay que tenerle miedo, Madrid, 2015, págs.49 y sigs. Este otro tribalismo, genera en la comunidad el espejismo intuitivo de que el grupo recibe del *Ius puniendi* justo lo que unánimemente reclama.

¹⁹⁸ Con acierto, se previene contra una Política criminal unidimensional, pues nada más empobrecedor que atender, en un mundo complejo, solo a una lógica, ya sea victimológica, de inseguridad o riesgo, o, como la aquí comentada, naturalista. Vid. BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid 2014, págs. 16-17

¹⁹⁹ En esencia, Robinson, abandera un regreso a la ley natural como respetuosa fórmula democrática ROBINSON, Paul H. *Democratizing Criminal Law: Feasibility, Utility, and the Challenge of Social Change*. 2016, págs.1-22.

²⁰⁰ Vid. MIRÓ LLINARES, “La función...” *op cit.* pág. 36 y sigs.

²⁰¹ En la observación de otras dinámicas políticas, se ha identificado una moderna inercia que supone una posible reedición populista de las lógicas de democracia griega directa frente a los límites, principios y vertebración jurídica que aportó Roma en su configuración del Sistema legal. Vid. CASTRO, Alfonso, *La idea de limitación y la cuestión catalana, El español*, 11 oct. 2017. https://www.elespanol.com/opinion/tribunas/20171010/253344665_12.html (ult., 29.10.2017)